

الجزء الرابع

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن
عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفى المتوفى
سنة ٨٦١ مع تكملة نتائج الافكار فى كشف الرموز والاسرار للمولى
شمس الدين أحمد المعروف بقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ على
الهداية شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان
الدين على بن أبى بكر المرغينانى المتوفى سنة
٥٩٣ فى الفقه على مذهب الامام
الاعظم أبى حنيفة رحمهم
الله ونفعنا بهم
آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البارقى
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى
جلبي وسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

(تنبيه) قد جعلنا الهداية وفتح القدير فى الصلب الاول فى صدر الصحيفة
ويليه الثانى مفصولا بينهما ما يجداول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى
جلبي الاول فى صدر الهامش ويليه الثانى فليعلم

(محل مبيعه) مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى واخيه بجوار المسجد الحسينى بمصر

﴿الطبعة الاولى﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٦ هجرية

(بالقسم الادبى)

﴿ كتاب الايمان ﴾

المناسبات التي تقدم ذكرها
بين الكتب الى ههنا
اقتضت الترتيب على
ما تقدم وذكر الايمان عقيب
العناق لمناسبتها في عدم
تأثير الهزل والا كراهيهما
واليمن في اللغة القوة قال
الله تعالى لاخذنا منه باليمن
وفي الشريعة عقد قوى به
عزم الحالف على الفعل أو
الترك وشرطها كون
الحالف مكلفا وسيبها
ارادة تحقيق ما قصده
وركنها اللفظ الذي يعتقد به
اليمن وحكمه البر فيما يجب
فيه البر والكفارة عند
فواته وانما قيد بقوله فيما
يجب البر فيه لان من
الايمان ما يجب فيه الحث
على ما سأتى

﴿ كتاب الايمان ﴾

(قوله وشرطها كون
الحالف مكلفا) أقول وفي
البدائع أي مسلما عاقلا
بالغا فلا يصح عين الكافر
عندها حتى أن الكافر اذا
حلف على يمين ثم أسلم
فحنت لا كفارة عليه خلافا
للشافعي اه وقوله لا كفارة
عليه هذا عندنا لانها
عبادة والكافر ليس من
أهلها وقوله خلافا
للشافعي لان الكافر من

أهل اليمن عنده ولذلك يستحلف في الدعاوى والخصومات وكذا يصح ايلأؤه

واعتصموا بالله هو مولاكم
فنعم المولى ونعم النصير

(بسم الله الرحمن الرحيم)

﴿ كتاب الايمان ﴾

﴿ كتاب الايمان ﴾

اشترك كل من اليمن والعناق والطلاق والنكاح في ان الهزل والا كراه لا يؤثر فيه الا أنه قدم على السكك
النكاح لانه أقرب الى العبادات كما تقدم والطلاق رفعه بعد تحققة فإيلأؤه اياه أوجه واختص
الاعتناق عن الايمان بزيادة مناسبة بالطلاق من جهة مشاركته اياه في تمام معناه الذي هو الاسقاط
وفي لازمه الشرعي الذي هو السراية فقدمه على اليمن ولفظ اليمن مشترك بين الجارحة والقسم والقوة
لغة والاولان ظاهران وشاهد القوة قوله تعالى لاخذنا منه باليمن وقول الشماخ وقبل الخطيئة

رأيت عرابة الاوسي يسمو * الى الخيرات منقطع القرين
اذا ماراية رفعت لمجد * تلقاها عرابة باليمن

أي بالقوة ثم قولهم انما سمي القسم عينا لوجهين أحدهما أن اليمن هو القوة والحالف يتقوى بالاقسام
على الحل أو المنع والثاني أنهم كانوا يمتاسكون بأيمانهم عند القسم فسميت بذلك بفيد أنه لفظ منقول
ومفهومه الغوى جملة أولى انشائية صريحة الجزأين يؤكدها جملة بعدد خبرية وترك لفظ أولى
بصيره غير مانع لدخول نحو زيد قائم وهو على عكسه فان الاولى هي المؤكدة والثانية من التوكيد
اللفظي وجملة أعم من الفعلية كلف بالله لا فعلن أو أحلف والاسمية مقدمة الخبر كعلي عهد الله
أو مؤخرته نحو لمرك لا فعلن وهو مثال أيضا لغير المصرح بحزأياها ومنه والله وتالله فان الحرف جعل

(والإيمان على ثلاثة أضرب) لأن الإيمان بالله إما أن يكون فيها مؤاخذه أو لا فإن كانت فإما أن تكون دينية فهي المنعقدة أو أخروية فهي الغموس وإن لم تكن فهي اللغو (فالغموس هي الحلف على أمر ماضٍ به ممد الكذب فيه) وذكر المضي ليس بشرط بل هو بناء على الغالب ألا ترى أنه إذا قال والله أنه لزيد وهو يعلم (٣) أنه ليس بزيد كان غموساً (فهذه

اليمين يأتى فيها صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف كاذباً أدخله الله النار) (ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار) وقال الشافعي رجة الله تعالى عليه فيها الكفارة لأنهم أسرع لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذباً فأشبهه المعقودة ولنا أنها كبيرة محضة

لأنه ما سمي غموساً إلا لأنها تغمس صاحبها في الأثم ثم في النار وقال شمس الأئمة السرخسي اليمين الغموس ليست بيمين على الحقيقة لأن اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يميناً مجازاً لأن ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمي النبي صلى الله عليه وسلم ببيع الحر بيعاً مجازاً لأن ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع والتعريف الذي ذكرناه لم يتناول (ولا كفارة فيها لكن فيها التوبة والاستغفار وقال الشافعي فيها الكفارة لأن الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق) ذلك الذنب (بالاستشهاد بالله كاذباً) فلا بد من رفعه وذلك بالكفارة كما في المعقودة (ولنا أنها) أي اليمين الغموس (كبيرة محضة)

(قوله لأن اليمين بالله الخ)

قال (الإيمان على ثلاثة أضرب اليمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على أمر ماضٍ يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأتى فيها صاحبها) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف كاذباً أدخله الله النار (ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار) وقال الشافعي رجة الله تعالى عليه فيها الكفارة لأنهم أسرع لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذباً فأشبهه المعقودة ولنا أنها كبيرة محضة

عوضاً عن الفعل وأسماء هذا المعنى التوكيد ستة الحلف والقسم والعهد والميثاق والابلاء واليمين وخرج بانسائية نحو تعليق الطلاق والعناق فإن الأولى ليست أنشاء فليست التعليق أيماناً بالغة وأما مفهومه الاصطلاحي فجملة أولى إنشائية مقسم فيها باسم الله تعالى أو صفته ومؤكدها مضمون ثانية في نفس السامع ظاهر أو تحمل المتكلم على تحقيق معناها فدخلت بقيد ظاهر الغموس أو التزام مكروه كفر أو زوال ملك على تقدير يمنع عنه أو محبوب ليحمل عليه فدخلت التعليقات مثل إن فعل فهو يهودي وإن دخلت فأنت طالق بضم التاء لمنع نفسه وبكسر هاء المنعها وإن بشرتني فأنت حر وسبها الغاني تارة يضاع صدقه في نفس السامع وتارة حمل نفسه أو غيره على الفعل أو الترك فبين المفهوم اللغوي والشرعي عموم من وجه لتصادقهما في اليمين بالله وانفراد اللغوي في الحلف بغيره مما يعظم وانفراد الاصطلاح في التعليقات ثم قيل بكره الحلف بالطلاق والعناق لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفاً فلحلف بالله الحديث والاعتراف على أنه لا يكره لأنه لمنع نفسه أو غيره وحمل الحديث غير التعليق مما هو محرف القسم وركن اللفظ الخاص وأما شرطها فالعقل والبلوغ وحكمها الذي يلزم وجودها وجوب البر فيما إذا عقدت على طاعة أو ترك معصية فيثبت وجوبان لا مريين الفعل والبر ووجوب الخنث في الحلف على ضدهما أو نفيه فيما إذا كان عدم المحلوف عليه جائزاً وسبائقي وإذا خنث فيما يجوز فيه الخنث أو يحرم لزمته الكفارة (قوله اليمين على ثلاثة أضرب يمين الغموس) والاصح من النسخ اليمين الغموس على الوصف لا الإضافة أو يمين غموس وأما يمين الغموس فإضافة الموصوف إلى صفته وهي ممنوعة وما قيل هو كعلم الطب ربانته إضافة الجنس إلى نوعه لأن الطب نوع لا وصف للمضاف ومثل صلاة الأولى مقصور على السماع وسميت غموساً لغمس صاحبها في الأثم ثم في النار فعول بمعنى فاعله بصيغة المبالغة (قوله فالغموس هو الحلف على أمر ماضٍ يتعمد الكذب به) وليس هذا بقيد بل الحلف على الحال أيضاً كذلك كوالله ما لهذا على دين وهو يعلم خلافه والحديث المذكور غريب بهذا اللفظ ومعناه ثابت بلا شبهة وأقرب اللفاظ إليه ما في صحيح ابن حبان من حديث أبي أمامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين هو فيها فاجر لم يقطع بها مال امرئ مسلم حرم الله عليه الجنة وأدخله النار وفي الصحيحين إني لله وهو عليه غضبان وفي سنن أبي داود من حديث عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مصبورة كاذباً فلينبؤاً مقعده من النار والمراد بالمصبورة الملزمة بالقضاء والحكم أي المحبوس عليها لأنها مصبورة عليها (قوله ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار) وهو قول أكثر العلماء منهم مالك وأحمد رضي الله عنهما (وقال الشافعي رجة الله فيها الكفارة لأنها أسرع لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق) في الغموس فيتعدي إليه وجوبها (ولنا أنها كبيرة محضة) لما ثبت في صحيح البخاري من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال الكبار لا يشركون بالله وعقوب

أقول خص اليمين بالله بالذكر لأن الغموس واللغو لا ينصوران في اليمين بغير الله كالطلاق والعناق ولا ينتقض هذا بقوله هو يهودي أو نصراني إن كان فعل كذا الشيء قد فعله فإنه غموس كما سيحكي مع أنه ليس يميناً بالله لأنه كتابة عن اليمين بالله وإن لم يعقل وجه الكناية صريح في البدائع

لقوله عليه الصلاة والسلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر منها الغموس وكل ما هو كبيرة محضة لا تنطأ بها العبادة لما أن أسباب العبادات لابد وان تكون أموراً مباحة كما عرف في الأصول (والكفارة عبادة حتى تنأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تنطأ الغموس بها بخلاف المعقودة لأنها مباحة) فيجوز أن تنطأ بها العبادة وفيه بحث من أوجه الأول لو كان ما ذكرتم صحيحاً لما وجبت الكفارة على المظاهر لكون الظاهر منكراً (٤) من القول وزوراً وهذا نقض إجمالي الثاني لما وجبت بالادنى وجبت

بالاعلى بطريق الأولى
الثالث الكبيرة سيئة
والعبادة حسنة واتباعها
إياها مباح لها لقوله عليه
الصلاة والسلام أتبع
السيئة الحسنة تنجحها
وهاتان معارضتان والجواب
عن الأول ان الكفارة لم
تجب بالظهار بل بالعود
الذي هو العزم على الوطء
وهو مباح وعن الثاني بانه
لا يلزم من رفع الاضعف
بشيء رفع الاقوى به وعن
الثالث بأن الحسنة تنحو
السيئة المقابلة لها ومقابلة
هذه الحسنة لهذه السيئة
ممنوعة بل المظنون خلاف
المقابلة لقوله صلى الله عليه
وسلم خمس من الكبائر
لا كفارة فيهن الحديث
وقوله (ولو كان فيها ذنب)
جواب عما يقال المباح هو
ما لا يكون فيه ذنب والمنعقدة
فيها ذنب فلا تكون مباحة
فلا تنطأ بها العبادة كما ذكرتم
وتقريره لو كان في المنعقدة
ذنب لتهلك حرمة اسم الله
تعالى فهو متأخر عن وقت
الانعقاد باختيار مبتدأ لم
يدخل في السيئة ويرفعها

والكفارة عبادة تنأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تنطأ بها بخلاف المعقودة لأنها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ وما في الغموس ملازم فممتنع اللاحق

والوالدين وقتل النفس واليمين الغموس (والكفارة عبادة حتى تنأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تنطأ بها) أي ما هو كبيرة (بخلاف المعقودة لأنها مباحة ولو كان فيها ذنب) بأن يبحث في موضع وجوب البر على ما ذكرنا من التفصيل (فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ) غير مقارن متعمد بنفس اليمين كما في الغموس فامتنع اللاحق وحاصل هذا البدء وصف في الأصل وهو كونه مباحاً وادعاء كونه جزءاً المؤثر لكونه غير مناسب للحكم وقد نقض بالظهار ويوجب بأن الموجب فيه العود لا نفس الظهار قال تعالى ثم يعودون لما قالوا فتحرر رقية وهو مباح لكونه مباحاً كالمرحوف وبالأفطار في رمضان ولو بجمرة أو زنا وأوجب الكفارة باعتبار الفطر العمد المنتهي ويجب الحد باعتبار أنهما في أنفسهما كبيرة ونقصه آخر بأن ذلك حرام في نفسه وحرام لغيره وهو الصوم فوجب الحد بالأول والكفارة بالثاني ونقص أيضاً بقتل المحرم صيداً عادداً وأوجب بأن عين الفعل ليس حراماً حتى لو فعله في غير الأحرام والحرم لم يحرم وإنما حرم بأحرامه وبالحرم لأنفسه وصحح شارح الإراد ومنع نفي كون المعصية سبباً للكفارة وجعل المذكور من الأجوبة خبطاً ولم يبين موضع الفساد فيها وهو واضح لأن كلامهم هذا يقتضي تقييد قولهم المعصية لا تصلح سبباً للكفارة لكونها عبادة بما إذا كان حراماً بعينه ومراجعته إلى التحسين والتقييد في الفعل لذاته وهو منتف عند الأشعرية وهو قليل جداً كأنه لا يزيد على الكفر والظلم وكون اليمين الغموس منه قد يمنع لأن اليمين في نفسه مباح أو عبادة أذهود كراهة تعالى على وجه التعظيم وهذا لا يسقط من قلب المؤمن الخائف غموساً ولا كانت كفراً وانما روج به باطله فقبحها ليس إلا بعدم مطابقة المخوف عليه أو لقصد ذلك وذلك خارج عن اليمين موجب لحرمتها فكان من قبيل ما حرم لغيره على أن كون حرمة السبب تمنع مناسبتها للعبادة لا يفصل بين كون الحرمة بعينه أو لغيره ولو قيل لا يلزم من شرعية الكفارة جارة أو سائرة في ذنب أخف شرعيتها كذلك في ذنب أعظم كان أوجه وللشافعي أيضاً الغموس مكسوبة بالقلب والمكسوبة يؤاخذ بها لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم وبين سبحانه وتعالى المراد بالمؤاخذة بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته فيبين أن المراد بها الكفارة والجواب أن المؤاخذة مطلقاً في الآخرة فهي المراد بالمؤاخذة في المكسوبة والمراد بها في المعقودة الكفارة كما ذكرنا قالوا الغموس داخلة في المعقودة فتجب الكفارة بها بالنص من غير حاجة إلى زيادة تكلف الجواب منع أنها معقودة لأنها ربط في الشرع للاسم العظيم بمعنى على وجه جعله عليه في المستقبل أو منعه منه فإذا حلت انحلت لارتجاع المانع والحامل أو لتوكيد صدقه الظاهر فإذا طبق الخبر برؤاخذكم ولا شك أن بالحنث تحل اليمين والغموس قارنهما ما يحلها وهو ما لو طرأ عليها رفعها وحلها فلم تنعقد لانه إذا قارنهما منع انعقادها كالردة والرضاع في النكاح بخلاف مس السماء ونحوه فإنه لم يقارن بها لأنها عقدت على أمر في المستقبل فما يحلها هو انعقادها في المستقبل

عند الطرفين بخلاف الغموس فإن الذنب فيها لازم لا يفارقه لا ابتداء ولا انتهاء (فممتنع اللاحق) أي اللاحق الغموس لاني بالمنعقدة وفي هذا الجواب تلويح إلى الجواب عن قوله فأشبهه المعقودة

(قوله فلا تنطأ الغموس بها الخ) أقول فيه قلب والمراد لا تنطأ بالغموس (قوله والعبادة حسنة واتباعها إياها مباح لها) أقول أنت خير بأن الإباحة لا تعارض عدم الوجوب الذي هو متدعي الأصحاب والظاهر أن العبارة ما ح اسم فاعل من محاو يدل عليه قوله لها (قوله ويرفعها عند الخ) أقول ضمير يرفعها راجع إلى المنعقدة

(والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل) وكلامه ظاهر وقوله (إلا أنه علقه بالرجاء) إشارة إلى ما قال في المبشوط فإن قيل فليكن تعليق محمد بن النوفلي المؤاخذه في هذا النوع بالرجاء بقوله نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها وعدم المؤاخذه في اليمين اللغو منصوص عليه وما عرف بالنص فهو مقطوع به قلنا نعم ولكن صورة تلك اليمين مختلف فيها وانما علق بالرجاء في المؤاخذه في اللغو بالصورة التي ذكرها وذلك غير معلوم بالنص وما ذكر في الكتاب من تفسير اللغو مروى عن زرارة بن أبي أوفى وعن ابن عباس في إحدى الروايتين وروى عن محمد أنه قال هو قول الرجل في كلامه لا والله وبلى والله وهو قريب من قول الشافعي رضي الله عنه فإن عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد سواء كان في الماضي أو في المستقبل وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنه. وروى (هـ) عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال

الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في تفسير اللغو لا والله وبلى والله وتأويله عندنا فيما يكون خبراً عن الماضي فإن اللغو ما يكون خالياً عن الفائدة والخبر في الماضي خال عن فائدة اليمين لأن فائدتها المنع أو الحيل وذلك لا يتحقق في الماضي فكان لغواً وأما في الخبر في المستقبل فعدم القصد لا يعدم فائدة اليمين وقد ورد الشرع بأن الهزل والجد في اليمين سواء ولقائل أن يقول في حصر الإيمان على الثلاثة على التفسير المذكور في الكتاب نظير لأن قول الرجل والله إنى لقائم الآن في حال قيامه مثلاً عيّن وليس من الضروب المذكورة في الكتاب على التفسير المذكور ويمكن أن يلتزم بأنه ليس بيمين على هذا الاصطلاح لما مر من تعريفها وانما علقها على وهو جملة انشائية أكدت بها جملة أخرى

(قوله وذلك غير معلوم

(والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله وإذا حنث في ذلك لزمته الكفارة) لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان وهو ما ذكرنا (واليمين اللغو أن يحلف على أمر ماضٍ وهو بظن أنه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها) ومن اللغو أن يقول والله إنه لزيد وهو بظنه زيدا وانما هو عمرو والأصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم الآية إلا أنه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره لافي الحال وعلى هذا قيل الغموس ليست بيمين - حقيقة لأن اليمين الشرعية تعقد للبر وهو غير ممكن فيها وما قطع باتفاء فائدته شرعاً باتفاءه شرعاً وتجهتها بما يجاز بعلاقة الصورة كالفرس للصورة المنقوشة أو هو من الحقيقة اللغوية وعلى أحدهما يحمل قوله عليه الصلاة والسلام واليمين الفاجرة ونحوه على ما ذكرناه واعلم أن المعقودة عند الشافعي ليست سوى المكسوبة بالقلب ويكون الغموس قارئها الحنث لا يثنى إلا أنه قد عنده وكونها لا تسمى بيميناً لأنهم لم تعقد للبر بعيداً لا شك في تسميتها بيميناً لغة وعرفاً وشرعاً بحيث لا تقبل التشكيك فليس الوجه إلا ما قدمنا من أن شرعية الكفارة لرفع ذنب أصغر لا يستلزم شرعها لرفع أكبر وإذا أدخلها في معنى المنعقدة وجعل المنعقدة تنقسم إلى غموس وغيره عسر النظر معه إلا أن يكون لغة أو سمع وقد روى الإمام أحمد في مسنده بأسناد جيد صرح بجوده ابن عبد الهادي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث مطول قال فيه خمس ليس لهن كفارة الشرك بالله عز وجل وقتل النفس بغير حق وبيت مؤمن والفرار من الزحف ويمين صابرة يقطع بها مالا بغير حق انتهى وكل من قال لا كفارة في الغموس لم يفصل بين اليمين المصـبورة على مال كاذب أو غيرها وصابرة بمعنى مصبورة كعينة راضية وتقدم أن المصبورة المقضى بها أنها مصـبورة عليها أي محبوس والصبر حبس النفس على المكروه ومنه قوله مصبر إذا لم يكن في حال نصرته ودفعه مختاراً عن نفسه (قوله والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله) فإذا حنث لزمته الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته الآية وما في قوله ما يحلف مصدرية أي الحلف على أمر في المستقبل وهذا يفيد أن الحلف على ماضٍ صادق فيه كوالله لقد قدم زيد أمس لا تسمى منعقدة ويقضى أنها ماضية بيمين وهو بعيد أو زيادة أقسام اليمين على الثلاثة وهو مبطل لحصرهم السابق وفي كلام شمس الأئمة ما يفيد أنها من قبيل اللغو فإن أراد لغة فممنوع لأنه مالا فائدة فيه وفي هذا اليمين فائدة تأكيده صدقه في خبره عند السامع وإن أراد دخولها في اللغو المذكور في الآية بحسب الإرادة ففسده السلف واختلافوا فيه ولم يقل أحد بذلك فكان خارجاً عن أقوال السلف والجواب أن الأقسام الثلاثة فيما يتصور فيه الحنث لا في مطلق اليمين (قوله ويمين اللغو أن يحلف على أمر ماضٍ وهو بظن أنه كما قال والامر بخلافه)

بالنص) أقول أشار بقوله ذلك إلى قوله بنى المؤاخذه الخ (قوله قال في تفسير اللغو لا والله وبلى) أقول في باب المعارضة والترجيح من التوضيح والتلويح كلام متعلق بالمقام (قوله لأن فائدتها المنع الخ) أقول ولا حداث يمنع ذلك بأن الفائدة قد تكون نصية يثني السامع لخبر الخائف كما في الأيمان الصادقة على الأمور الماضية فلا يكون القاصد لليمين بناء على اعتقاده لا غياً ثم لو صح ما ذكرنا كان الغموس لغواً أيضاً (قوله وإقائل أن يقول في حصر الإيمان على الثلاثة على التفسير المذكور في الكتاب نظراً الخ) أقول وفي أول كتاب الأيمان من شرح الوفاية لصدر الشريعة ما يصلح أن يكون جواباً عن هذا الإشكال فراجع (قوله لما مر من تعريفها) أقول فيه إن الغموس واللغو خارجان عن التعريف أيضاً لأنه كلام على السند الاختصاص

قال (والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء) حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين

مثل والله لقد دخلت الدار والله ما كلمت زيدا ونحوه ويدخل في ذلك الافعال كاذ كرنا والصفات ومن الثاني ما في الخلاصة رجل حلفه السلطان أنه لم يعلم بأمر كذا فحلف ثم تذكر فعله أنه كان يعلم أرجو أن لا يحنث (فهذه اليمين ترجو أن لا يؤخذ الله بها صاحبها) وانما قيد محمد عدم المؤاخذه بالرجاء مع أنه مقطوع به في كتاب الله تعالى حين قال لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم لا يؤخذكم الا بخلاف في معنى اللغو ففسره محمد بما ذكر وهو مروي عن ابن عباس وبه قال أحمد وقال الشافعي كل يمين صدرت عن غير قصد في الماضي وفي المستقبل وهو مبين للتفسير المند كور لأن الحلف على أمر ينظنه كما قال لا يكون الا عن قصد وهو رواية عن أحمد وهو معنى ما روى صاحب السنن عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله وقال الشعبي ومسروق لغوا اليمين أن يحلف على معصية فيتركها لا غيا بيمينه وقال سعيد بن جبيرة أن يحترم على نفسه ما أحل الله له من قول أو عمل فلما اختلف في معنى اللغو علقه بالرجاء والاصح ان اللغو بالتفسيرين الاولين وكذا بالثالث متفق على عدم المؤاخذه به في الآخرة وكذا في الدنيا بالكفارة فلم يتم العذر عن التعليق بالرجاء فالأوجه ما قيل أنه لم يرد به التعليق بل التبرك باسم الله والتأديب فهو كقوله صلى الله عليه وسلم لأهل المقابر وإنا ان شاء الله بكم لاحقون وأما التفسير الرابع فغير مشهور وكونه لغوا هو اختيار سعيد (قوله والقاصد في اليمين والمكره عليه والناسي) وهو من تلفظ باليمين ذاهلا عنه ثم تذكر أنه تلفظ به وفي بعض النسخ الخطأ وهو من أراد أن يتكلم بكلام غير الحلف فجري على لسانه اليمين فاذا حنث لزمته الكفارة (لقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين) هكذا ذكر المصنف وبعضهم كصاحب الخلاصة جعل مكان اليمين العتاق والمحفوظ حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة وأخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه وقد ورد حديث العتاق في مصنف عبد الرزاق من حديث أبي ذر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق وهو لا عب فطلاقه جائز ومن أعتق وهو لا عب فعتقه جائز وروى ابن عدي في الكامل من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلاث ليس فيهن لعب من تكلم بشيء منهن لا عب فقد وجب عليه الطلاق والعتاق والنكاح وأخرج عبد الرزاق عن علي وعمر موقوفاً أنهما قالاً ثلاث لا لعب فيهن النكاح والطلاق والعتاق وفي رواية عنهما أربع وزادوا النذر ولا شئ ان اليمين في معنى النذر في قياس عليه * واعلم أنه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لان المذ كور فيه جعل الهمز باليمين جدا والهزل قاصد لا يمين غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعاً بعد مباشرة السبب مختاراً والناسي بالتفسير المند كور لم يقصد شيئاً أصلاً ولم يدر ما صنع وكذا الخطأ لم يقصد قط التلفظ به بل بشئ آخر فلا يكون الوارد في الهزل وارداً في الناسي الذي لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت في حقه نصاً ولا قياساً وإذا كان اللغو بتفسيرهم وهو ان يقصد اليمين مع ظن البر ليس لها حكم اليمين فالتم يقصده أصلاً بل هو كالتائم يجري على لسانه طلاق أو عتاق لا حكم له أولى أن لا يكون لها حكم اليمين وأيضاً فتفسير اللغو المند كور في حديث عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو أنه كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله وإن لم يكن هو نفس التفسير الذي فسر رواه الناسي فان المتكلم كذلك في بيته لا يقصد التكلم به بل يجري على لسانه بحكم العادة غير مراد لفظه ولا معناه ولو لم يكن إياه كان أقرب إليه من الهزل فحمل الناسي على اللاغى بالتفسير المند كور أولى من جملة على الهزل وهذا الذي أدينه وتقدم لنا مثله في الطلاق

(والقاصد في اليمين والمكره والناسي) وهو أن يذهل عن التلفظ باليمين ثم تذكر أنه تلفظ باليمين ناسياً وفي بعض النسخ ذكر الخطأ مكان الناسي وهو أن يريد أن يسبح مثلاً فيجري على لسانه اليمين (سواء حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين) فان قلت اليمين عقد يقوى بها عزم الخالف على الفعل أو الترك فهو من الافعال الاختيارية فكيف يكون الناسي فيه كالقاصد قلت ذلك هو القياس وقد ترك بالنص لا يقال النص معارض بقوله عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان الحديث لانه مجمل ونص اليمين مفسر

(قوله ذلك هو القياس وقد ترك بالنص) أقول وهو قوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد الحديث

وقوله (والشافعي يخالفنا في ذلك) يعني في وجوب الكفارة على المكره والناسي (وسنين في الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه ناسيا أو مكرها فهو سواء) أي فهو ومن فعله مختارا سواء تركه لدلالة فحوى الكلام عليه لان شرط الحنث وجود الفعل حقيقة وقد وجد (لانه لا ينعدم بالاكراه وكذا اذا فعله وهو مغني عليه أو مجنون لتحقيق الشرط حقيقة) وهو وجود الفعل الحسي وقوله (ولو كانت الحكمة رفع الذنب) جواب عما يقال الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب والمغني عليه والمجنون لا ذنب لهما لعدم فهم الخطاب فكيف يجب عليهم الكفارة وتقريره الحكم (٧) وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لامع حقيقة

والحنث لامع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لامع حقيقة الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل أصلا بان اشترى جارية بـكرا أو اشتراها من امرأة ولقائل أن يقول اقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه انما يكون اذا كان المدلول أمرا خفيا في الأصل فيدور عليه وان لم يتصور المدلول في بعض الصور كما ذكر من شغل الرحم والمدلول في هذه الصورة وهو الذنب عند الحنث محقق ظاهر فلا يصح اقامة الدليل مقام المدلول

باب ما يكون عينا وما لا يكون عينا

لما فرغ من بيان ضروب الأيمان بين ما يكون عينا من الألفاظ وما لا يكون عينا

والشافعي رحمه الله يخالفنا في ذلك وسنين في الاكراه ان شاء الله تعالى (ومن فعل المحلوف عليه مكرها أو ناسيا فهو سواء) لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغني عليه أو مجنون لتحقيق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب والله تعالى أعلم بالصواب

باب ما يكون عينا وما لا يكون عينا

فلا تسكن غافلا (قوله والشافعي يخالفنا في ذلك) فيقول لا تنعقد عين المكره ولا الناسي ولا المخطئ للحديث المشهور رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه قال المصنف (وسنين ذلك في الاكراه ان شاء الله تعالى) واستدل ابن الجوزي في التحقيق للشافعي وأحمد رضي الله عنهما في عدم انعقاد عين المكره بما رواه الدارقطني عن وثالة بن الأسقع وأبي امامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مقهورين ثم قال غيبة ضعيف قال صاحب تنقيح التحقيق حديث منكر بل موضوع وفيه جماعة لا يجوز الاحتجاج بهم (قوله ومن فعل المحلوف عليه مكرها أو ناسيا فهو سواء) يجب عليه الكفارة كالموقع لهذا كرايمه مختارا وعن كل من الشافعي وأحمد روايتان بحنث ولا يحنث وهو الاصح عند الشافعي للحديث المذكور وقد مر جوابه في طلاق المكره من كتاب الطلاق وهذا لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط (يعني بالشرط السبب لوجوب الكفارة لان الحنث هو السبب عندنا وانما يناسب حقيقة مذهب الشافعي لان السبب عنده اليمين والحنث شرط على ما عرف والحاصل أن الوجوب يثبت عنده سببا كان أو شرطا بالنسيان والا كراه لم ينعدم وجوده فاستعقب وجوب الكفارة (وكذا اذا فعل المحلوف عليه وهو مغني عليه أو مجنون) تلزمه الكفارة فخر جها عنه وليه أو هو اذا فاق لما ذكرنا من تحقق الشرط أي السبب حقيقة وقوله ولو كانت الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب جواب عن سؤال مقدر وهو أن وجوب الكفارة لرفع الذنب الحاصل بالحنث ولا ذنب على الحانث اذا كان مغني عليه أو مجنونا فأجاب بان الحكمة لا يجب حصولها مع شرع الحكم دائما بل تناط بمظنتها وهو كون شرع الحكم مع الوصف يحصل مصلحة أو يدفع ضررا كافي الاستبراء شرع وجوبه مع الملك المؤكد بالقبض يحصل معه دفع مفسدة استبراء النسب فأدير على نفس الشراء مع القبض سواء كان ذلك الوهم حاصلأولا كافي شراء الامة الصغيرة التي لم تبلغ حد البلوغ وأما قولهم كافي شراء الامة البكر ومن المرأة فليس بصحيح لان التوهم حاصل لجواز حمل البكر وملوك المرأة على أن كونها لرفع الذنب دائما ممنوع بل لتوفير تعظيم الاسم ان ينعقد على أمر ثم يخلف عنه مجانا للعلم بذلك في موضع يجب فيه الحنث أو يندب والله أعلم

باب ما يكون عينا وما لا يكون عينا

(قوله ولقائل أن يقول اقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه الخ) أقول والعلامة صدر الشريعة يمنع صحة دوران وجوب الاستبراء مع دليل شغل الرحم أيضا والتفصيل في كتاب الكراهية من شرح الوقاية فراجع ان شئت

باب ما يكون عينا وما لا يكون عينا

(والعین باللہ) ای بہذا الاسم

عزفا كعزة الله وجلاله
وكبرياته (والمراد بالاسم
ههنا لفظ دال على الذات

الموصوفه بصفة كارجح
والرحيم وبالصفة المصادر
التي تحصل عن وصف
الله تعالى باسماء فاعليها
كالرجة والعلم والعزة
والصفة على نوعين صفة
ذات وصفة فعل لانه اما
أن يجوز الوصف به وبضده
أولا والثاني صفة الذات
كالعزة والعظمة والعلم
والاول صفة الفعل
كالرجة والغضب لجواز
أن يقال رحم الله المؤمنين
ولم يرحم الكافرين
وغضب على اليهود دون
المسلمين ومشايخنا
العراقيون على ان الحلف
بصفات الذات يمين
وبصفات الفعل ليس
بيمين ويلزمهم ان يكون
وعلم الله يميناً واعتذروا بأنه
القياس ولكنه تركه لجميحه
بمعنى العلوم ومشايخ
ماوراء النهر على ان الحلف
بكل صفة تعارف الناس
الحلف به يمين وبكل صفة
لم يتعارفوه ليس بيمين
وهو مختار المصنف رحمه
الله يدل على ذلك قوله
يحلف بها عرفاً وقوله
لان الحلف به متعارف
(قوله ومعنى اليمين وهو
القوة الخ) ذكره استظهارا
لأن الحلف بالأعنان على

لا يـكـون

وقوله (الاقوله وعلم الله) استثناء منقطع من قوله أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا فان اليمين به اذا لم يكن متعارفا كان استثناءه عن العرف منقطعا والكلام في قوله ولانه يذكرو براديه المعلوم كالكلام في قوله ومعنى اليمين وهو القوة حاصل في انه مذكور للاستظهار نعم العراقيون يحتاجون الى ذكر معذرة عن وروده على أصلهم كما تقدم وقوله (ولان الرحمة قد يراد بها أثرها) منقوض بقدره الله تعالى لانه يقال انظر الى قدرة الله تعالى والمراد أثره والالكان بمعنى المقدور ليكون (٩) القدرة غير مرتبة فتكون كالعلم ومع ذلك يحلف بها والحق

ان مبنى الايمان على العرف فانعارف الناس الحلف به كان يمينا والحلف بقدره الله تعالى متعارف وبعلمه ورجته وغضبه غير متعارف ولهذا قال محمد وأمانة الله عين ثم لم يسل عن معناه قال لا أدري فكانه وجود العرب تحلف بأمانة الله تعالى عادة فجعله يمينا كانه قال والله الامين (ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا مثل ان يقول والنبي والقرآن والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فلحلف بالله أو لينذر) روى مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أدرك عمر وهو يسير في ركب وهو يحلف بأبيه فقال عليه الصلاة والسلام ان الله ينهاكم ان تحلفوا بأبائكم فمن كان حالفا فلحلف بالله أو ليصمت قال المصنف رحمه الله (أما لو قال أنا بريء منه يكون يمينا لان التبري منهما) أي من النبي والقرآن (كفر) ولقائل ان يقول سلمنا

قال (الاقوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا) لانه غير متعارف ولانه يذكرو براديه المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا أي معلومك (ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا) وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها أثرها وهو المطر أو الجنة والغضب والسخط يراد به العقوبة (ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة) لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فلحلف بالله أو لينذر (وكذا اذا حلف بالقرآن) لانه غير متعارف قال رضي الله تعالى عنه معناه ان يقول والنبي والقرآن أما لو قال أنا بريء منهما يكون يمينا لان التبري منهما كفر

لا يكون يمينا لانه لم يتعارف الحلف بها وان كانت من صفات الذات وقال بعضهم الاسماء التي لا يسمي بها غيره كرب العالمين والرحمن ومالك يوم الدين الى آخر ما قدمنا أول الباب يكون الحلف بها يمينا بكل حال وكذا الصفات التي لا تختمل ان تكون غير صفاته كعزة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه فينعقد بها اليمين بكل حال ولا حاجة الى عرف فيها بخلاف الاسماء التي تطلق على غيره تعالى كالحي والمؤمن والكريم يعتبر فيها العرف أو نسبة الحالف وكذا ما يكون من صفته تعالى كعلم الله وقدرته فانه قد يستعمل في المقدور والمعلوم اتساعا كما يقال اللهم اغفر علمك فينا وكذا صفات الفعل كخلقته ورزقه ففي هذه يجري التعليل بالتعارف وعدمه ووجه الله عين الان اراد الجارحة (قوله الاقوله وعلم الله) استثناء من صفة من صفاته لكن قبله هناك بقوله التي يحلف بها عرفا فيقتضي أن علمه مما يحلف به عرفا فيتناوله المصدر فأخرجه من حكمه بعد دخوله في لفظه وليس كذلك لانه علمه بانه غير متعارف فكان استثناء منقطعا لانه لم يدخل وأورد على تعليله الثاني القدرة قائمات كرو براديهها المقدور وأجيب بانع فان المقدور بالوجود يخرج عن ان يكون مقدورا لان تحصيل الحاصل محال فلم يحمّل ارادته بالحلف وقبل الوجود معدوم ولا تعارف بالحلف بالمعدوم فلم يكن المراد بالحلف بالقدرة الا الصفة القائمة بذاته تعالى بخلاف العلم اذا أريد به المعلوم فانه لا يخرج المعلوم عن ان يكون معلوما بالوجود فظهر الفرق وهذا يوجب أن لا تصح ارادة المقدور بعد الوجود وهو غير صحيح أما وقوعه فقالوا انظر الى قدرة الله تعالى وليس المقصود قطعا لا الوجود وأما تحقيقه فالان القدرة في المقدور اذا كان مجازا لا يمنع أن يطلق عليه مقدور بعد الوجود باعتبار ما كان فيكون لفظ قدرة في المقدور بعد الوجود مجازا في المرتبة الثانية نعم الحق ان لا موقع للتعليل الثاني لان تفرع كون الحلف بالعلم ليس يمينا ليس الاعلى قول معتبر في العرف وعدمه في اليمين فالتعليل ليس الا بتي التعارف فيه وأما لو فرغ على القول المفصل بين صفة الذات وغيرها وجب أن يكون يمينا لان العلم من صفات الذات فلا يعتبر بانه يراد بالصفة المفعول على القولين فلا موقع للتعليل به (قوله من حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فلحلف بالله أو ليصمت) متفق عليه قال (وكذا اذا حلف بالقرآن) لانه غير متعارف قال (ومعناه أن يقول والنبي والقرآن) أما اذا حلف بذلك أنا بريء من النبي والقرآن كان يمينا لان التبري منهما كفر فيكون في كل منهما كفارة يمين كما سيأتي وكذا اذا قال هو بريء

(٢ - ٣ فتح القدير رابع) ان التبري منهما وكذا من كل كتاب سماوي كفر لكن كونه كفر ليس يمين ولا يستلزمها الا ترى انه لو قال بيمينتك لا فعلن كذا واعتقد ان البر به واجب كفر وليس يمين والجواب سيجي عند قوله ان فعل كذا فهو يهودي أو نصراني

(قوله مثل أن يقول والنبي والقرآن الخ) أقول القرآن كلام الله تعالى غير مخلوق وليس غيره تعالى فانه من صفاته الازلية ولذلك لم يجعله المصنف رحمه الله مع النبي والكعبة في قرن بل ذكره مستقلا وعلمه بعدم التعارف فليست أم (قوله الا ترى) أقول في التنوير بحث الا انه من قبيل الكلام على السند

قال (والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله) لان كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن (وقد يضم الحرف فيكون حالفا كقوله الله لأفعل كذا) لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لان نزاع الحرف الخافض وقيل يختص فتكون الكسرة دالة على المحذوف

من الصلاة والصوم يكون عينا عندنا وكذا هو يرى من الاسلام ان فعل كذا وبحرمة شهد الله أو لا اله الا الله ليس عينا ولورفع كتاب فقه أو حساب فيه البسطة فقال هو يرى عينا ففعل تلزمه الكفارة ثم لا يخفى ان الحلف بالقرآن الا ان متعارف فيكون عينا كما هو قول الائمة الثلاثة وتعليل عدم كونه عينا بأنه غير تعالى لانه مخلوق لانه حروف وغير المخلوق هو الكلام النفسى منع بان القرآن كلام الله منزل غير مخلوق ولا يخفى ان المنزل في الحقيقة ليس الا الحروف المنقضية المنعقدة وما ثبت قدمه استحالة عدمه غير انهم أوجبوا ذلك لان العوام اذا قيل لهم القرآن مخلوق تعدوا الى الكلام مطلقا وأما الحلف بكلام الله تعالى فيجب أن يدور مع العرف وأما الحلف بجان سرتو ومثله الحلف بحياة رأسك ورأس السلطان فذلك ان اعتقد ان البر واجب فيه يكفر وفي تمة الفتاوى قال على الرازي أخاف على من قال بحياي وحياتك انه يكفر ولولان العامة يقولونه ولا يعلمونه لقلت انه شرك وعن ابن مسعود رضي الله عنه لأن أحلف بالله كاذبا أحب الى من ان أحلف بغير الله صادقا (قوله والحلف بحروف القسم الى قوله ومذكور في القرآن) قال تعالى فو رب السماء والارض انه لخلق والله ربنا ما كنا مشركين وقال تعالى تالله لقد أرسلنا رسلا الاية ومثله الباء بقوله تعالى بالله ان الشرك اظلم عظيم وفيه احتمال كونه متعلقا بقوله تعالى قبله لا تشرك ثم قالوا الباء هي الاصل لان اصل الحلف والاصل أحلف أو أقسم بالله وهي اللصاق تلصق فعل القسم بالحلف به ثم حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود ولا اصل لها دخلت في المظهر والمضمر نحو بك لأفعلن ثم الواو بدل منها المناسبة معنوية وهي ما في اللصاق من الجمع الذي هو معنى الواو فلكونه ابد لا انمحط عنها بدرجة قد دخلت على المظهر لا المضمر والتام بدل عن الواو لانهم ما من حروف الزيادة وقد أبدلت كثيرا منها كما في نجاة ونجمة ووزات فاتحطت درجنين فلم تدخل من المظهر الا على اسم الله تعالى خاصة وما روى من قولهم تربي وترب الكعبة لا يقاس عليه وكذا نجاتك فخرج قال باسم الله لأفعلن كذا اختلفوا فيه واختار ليس عينا لعدم التعارف وعلى هذا بالواو الا أن نصارى ديارنا تعارفوه فيقولون واسم الله (قوله وفيه يضم الحرف فيكون حالفا كقوله الله لأفعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب) يريد بالحذف الاضمار والفرق ان الاضمار يتي أثره بخلاف الحذف وعلى هذا فينبغي أن يكون في حالة النصب الحرف محذوفا لانه لم يظهر أثره وفي حالة الجر مضمرا لظهور أثره وهو الحرف في الاسم وقوله ثم قيل ينصب لان نزاع الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف ظاهر في نقل الخلاف في ذلك وهو تبع للبسوط حيث قال النصب مذهب أهل البصرة والخفض مذهب أهل الكوفة ونظريه بانهم ما وجهان سائغان للعرب ليس أحديهما كرا أحدهما البناء في الخلاف وحكي الرفع أيضا نحو والله لأفعلن على اضمار مبتدأ والاولى كونه على اضمار خبر لان الاسم الكريم أعرف المعارف فهو أولى بان يكون مبتدأ والتقدير بالله قسمي أو قسمي الله لأفعلن غير ان النصب أكثر في الاستعمال وقوله في النصب لان نزاع الخافض خلاف أهل العربية بل هو عندهم بفعل القسم لما حذف الحرف اتصل الفعل به الا ان يراد عند انتزاع الخافض أي بالفعل عنده وأما الجر فلا شك انه بالحرف المضمر وهو قليل شاذ في غير القسم كقوله

اذ قيل أي الناس شريسة * أشارت كليب بالاكف الاصابع

قال (والحلف بحروف القسم) الحلف بالله انما يكون بحرف القسم ظاهرا أو مضمرا وبحرف القسم وكون الباء أصلا وغيرها بدلا وجوازا ضمرا الحروف والنصب بعد الاضمار على ما اختاره البصريون أو الجر على ما اختاره الكوفيون كله وتطبيقه نحوبة في الاصل والاصولي يبحث عنهما من حيث استنباط المسائل الفقهية منها والواصل الى حد الاشتغال بكتاب الهداية لا بد وان يكون قد حلف ذلك وراة والفرق بين الاضمار والحذف بقاء أثر المضمر دون المحذوف والمصنف ذكر الاضمار في الرواية والحذف في التعليل بطريق المساهلة كذا في النهاية ويجوز أن يقال أطلق الاضمار بالنظر الى الجر والحذف بالنظر الى النصب

وكذا اذا قال الله في المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم له أي آمنتم به وقال أبو حنيفة رحمه الله
اذا قال وحق الله فليس بمخالف وهو قول محمد رحمه الله تعالى واحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه
الله تعالى وعنه رواية أخرى أنه يكون عينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيقة فصار كأنه قال
والله الحق والحق به متعارف وله ما أنه يراد به طاعة الله تعالى اذا الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله
قالوا ولو قال والحق يكون عينا ولو قال حقا لا يكون عينا لان الحق من أسماء الله تعالى والمنكر يراد به
تحقيق الوعد

وقوله (وكنا اذا قال الله في المختار) احتراز عماروى
عن أبي حنيفة انه لو قال الله
على أن لا أكلهم فلا ناناها
ليست بيمين إلا أن ينوى
لان الصيغة صيغة النذر
ويحتمل معنى اليمين ولا أثر
لتغيير الاعراب في المقسم
به نصب او جرا في منع صحة
القسم لان العوام لا يميزون
بين جوه الاعراب وقوله
(قال أبو حنيفة) ظاهر
وقوله (والمنكر يراد به
تحقيق الوعد) يريد الفرق
بين الحق وحقا بأن المعرف
اسم من أسماء الله تعالى
قال الله تعالى ولواتبع
الحق أهواءهم والحق
به متعارف فيكون عينا
وأما المنكر فهو مصدر
منصوب بفعل مقدر فكأنه
قال أفعل هذا الفعل
لا محالة وليس فيه معنى
الحلف فضلا عن اليمين

أي الى كليب (قوله وكذلك اذا قيل لله لان الباء تبدل بها) أي باللام قال تعالى آمنتم له آمنتم به
والقصة واحدة أو رد عليه انها لا تبدل بها معنى ان توضع مكانها دالة على عين مدلولها وفي الايتين المعنى
مختلف فان قوله تعالى آمنتم له أي صدقتموه وانقدتم اليه طاعة وآمنتم به لا يفيد تلك الزيادة ولو سلم
فكونها وقعت صلة فعل خاص كذلك وهو آمنتم لا يلزم في كل فعل لجواز كون معنى ذلك الفعل يتأني
معناها فيه بخلافه في القسم ولا تستعمل اللام الا في قسم متضمن معنى التعجب كقول ابن عباس دخل
آدم الجنة فله ما غربت الشمس حتى خرج وكقولهم لله لا يؤخر الاجل فاستعمالها قسمها مجردا
عنه لا يصح في اللغة إلا أن يتعارف كذلك وقوله في المختار احتراز عما عن أبي حنيفة انه اذا قال الله على
ان لا أكلهم فلا ناناها ليست بيمين إلا أن ينوى لان الصيغة للنذر وتحتل معنى اليمين وليذكري كثير من
الشروح فائدة هذا الاحتراز لان لفظ في المختار في بعض النسخ لا كلها فكان الواقع لهم ما ليس هو فيه
هذا ولا فرق في ثبوت اليمين بين أن يعرب المقسم به خطأ أو صوابا أو يسكنه خلافا لما في المحيط فيما اذا
أسكن من أنه لا يكون عينا بالنية لان معنى اليمين وهو ذكر اسم الله تعالى للنع أو الحيل معقودا بما
أريد منه أو فعله ثابت فلا يتوقف على خصوصية في اللفظ (قوله وقال أبو حنيفة رحمه الله اذا قال
وحق الله فليس بمخالف وهو قول محمد واحدى الروايتين عن أبي يوسف) وعنه أي عن أبي يوسف (رواية
أخرى أنه يكون عينا) يعنى اذا أطلق لان الحق من صفات الله تعالى وقد عُد في أسماءه الحسنى قال تعالى
ولواتبع الحق أهواءهم (وهو حقيقته) أي كونه تعالى ثابت الذات موجودا فكأنه قال والله الحق
(والحلف به متعارف) فوجب كونه عينا وهذا قول الأئمة الثلاثة حتى قال أحد لا يقبل قوله يعنى في عدم
اليمين لانه انصرف بعرف الاستعمال الى اليمين فانصرف الحق الى ما يستحقه لنفسه من العظمة
والكبرياء فصار كقدره الله تعالى (قوله وله ما انه) أي حق الله (يراد به طاعة الله اذا الطاعات حقوقه)
وصار ذلك متبادرا شرعا وعرفا حتى كأنه حقيقة حيث لا يتبادر سواه اذ يعلم انه لا يخطر من ذكره وجوده
وثبوت ذاته والحلف بالطاعات حلف بغيره وغير صفته فلا يكون عينا والمعدود من الاسماء الحسنى هو
الحق المقرون باللام وبهذا الوجه من التقرير اندفع ترجيح بعضهم القول بانه عينا بانه تقدم ان ما كان
من صفات الله يعبر به عن غيرها يعتبر فيه العرف وبه حصل الفرق بين علم الله وقدرته واذا كان الحلف
بقدرته الله عينا للتعارف فيحق الله كذلك للتعارف فان التعارف يعتبر بعد كون الصفة مشتركة في
الاستعمال بين صفة الله تعالى وصفة غيره وقد بينا ان لفظ حق لا يتبادر منه ما هو صفة الله بل ما هو
من حقوقه فصارت نفس وجوده ونحوه كالصفة المهجورة وأما الاستدلال على انه يراد به الطاعات
بقول السائل للنبي عليه الصلاة والسلام ما حق الله تعالى على العباد فقال أن لا يشركوا به شيئا
الى آخره كما وقع لبعض الشارحين فليس بشيء لان صلته بلفظ على العباديين المراد بالحق انه غير
وجوده وصفته والكلام في لفظ حق غير مقرون بما يدل على أحد المعنيين بنحو وصفه فليس الوجه
الاماذا كرنا (قوله ولو قال والحق يكون عينا) أي بالاجماع كذا ذكره غير واحد واعترضه شارح
بان الحق بالتعريف يطلق على غيره تعالى كقوله تعالى فاذا بعد الحق الا الضلال فلما جاءهم الحق من

(ولو قال أقسم بالله أو أقسم بالله أو أحلف بالله أو حلفت بالله) ظاهر واعترض بأن اليمين ما كان حاملا على فعل شيء أو تركه موجبا للبر وعند فواته يكون موجبا للكفارة على وجه الخلافه عن البر ثم قوله أقسم لا يكون موجبا من البر شيئا بمجرد أنه لم تنفع يمينه على فعل شيء أو تركه فكيف يكون يميناً ولأن الكفارة إنما تكون لسر الذنب الذي وقع فيه بسبب هتك حرمة اسم الله تعالى وليس في أقسم مجرد هتك حرمة اسم الله تعالى فكيف يكون موجبا للكفارة ولأن قوله أقسم صيغة فعل مضارع فكما تكون هي للحال كذلك تكون للاستقبال فلو وجبت الكفارة من حيث أنها للحال لم تجب من حيث أنها للاستقبال ولم تكن واجبة قبل هذا فلا تجب بالشك لاسماني في حق الكفارة فانها ملقطة بالحدود حتى أنها (١٣) اذا اجتمعت تداخلت كالحد ودوا جيب بأنه الحق بقوله على يمين وهو يوجب

الكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها ووجه ذلك أن كلمة على لا يجاب واليمين لا يوصف بالوجوب وإنما موجه بوصف بذلك وموجه البر وهو غير ممكن هنا وخلفه وهو الكفارة فيجعل كلامه اقرارا بالكفارة صوتا لكلامه عن الالغاء وكذلك قوله أقسم اخبار عن القسم في الحال وما ثم قسم لانه عبارة عن جملة انشائية يؤكدها جملة أخرى كما تقدم ولم يوجد منه شيء فيجعل اقرارا عن موجب موجب اليمين بطريق الخلافه لذلك وإذا كان اقرارا بوجوب الكفارة لم يخرج الى وجوب البر ابتداء ولا الى تصوير هتك حرمة اسم الله ولا الى جعل تلك الصيغة للاستقبال وهذا كما ترى يشير الى أنه قال على يمين أو أقسم ولم يرد على ذلك أما اذا قال أقسم لأفعلن كذا أو على

(ولو قال أقسم بالله أو أحلف بالله أو أشهد بالله فهو حالف) لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فعل حالف في الحال والشهادة عين قال الله تعالى قالوا نشهد أنك لرسول الله ثم قال اتخذوا أيمانهم جنة والحدود لله هو المعهود والمشرع وبغيره محظور وفصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله عندنا فكيف يكون يميناً بخلاف لكن جوابه انه ان نوى اليمين باسم الله تعالى يكون يميناً والا فلا انتهى وأنت علمت أنه اذا ثبت كونه اسم الله تعالى لا يعتبر فيه النية وأن أطلق على غيره وانما ذلك القول المقابل للخيار وأما على القول المفصل بين ان يريده اليمين وان لا يريده فالحق يتبادر منه ذاته تعالى فصار غيره مهجورا لا بدليل وبه يستدفع قول أبي نصران نوى بالحلف اليمين كان يميناً والا فلا ولا يلزم بطلان قول من حكى الاجماع من الشارحين لانه يريد اجماع علماء الثلثة فانه لا عبرة بخلاف غير المجتهدين في انعقاد الاجماع ولو قال حقا بأن قال حقا على أن أعطيك كذا ونحوه لا يكون يميناً لان الحق من أسمائه تعالى فينبغي فيه اليمين والمنكر يراد به تحقيق الوعد وما نقل عن الشيخ اسمعيل الزاهد والحسن بن أبي مطيع أنه يمين لانه لم يصفه الى الله تعالى فصار كالحق مردود بان المنكر ليس اسم الله تعالى ومن الأقوال الضعيفة ما قال البلخي ان قوله بحق الله عين لان الناس يحلفون به وضعفه لما علمت انه مثل وحق الله بالاضافة وعلمت المغايرة فيه وانه ليس يميناً فكذب بحق الله (قوله ولو قال أقسم الخ) اذا حلف بلفظ القسم فاما بلفظ الماضي أو المضارع وكل منهما موصول باسم الله تعالى أو بصفته أو لا فاذا كان ماضيا موصولا بالاسم مثل حلفت بالله أو أقسمت أو شهدت بالله لأفعلن وكذا عزمتم بالله لأفعلن فهو عين بخلاف واذا كان مضارعا مثل أقسم بالله أو أعزم بالله الخ فكذلك عندنا وعند الشافعي لا يكون يميناً الا بالنية لاحتمال ان يريده المستقبل وعدا ووجه قولنا ان هذه الصيغة حقيقة في الحال ويجازي في الاستقبال على ما تقدم في العتق للصنف ولهذا لا ينصرف اليه الا بقرينة السين ونحوه فوجب صرفه الى حقيقته واما الاستشهاد بان في العرف كذلك كقولهم أشهد أن لا اله الا الله ففيه نظر لان ذلك بدلالة الحال للعلم بان ليس المراد الوعد بالشهادة وكذا قول الشاهد أشهد بذلك عند القاضي ليس فيه دليل على انه في نفسه كذلك عرفا بخلاف أن يقال هي للمستقبل ويستعمل للحال بقرينة حالبة أو مقابلة كالتمية بلفظ الا ونحوه وان ذكره من غير ذكر اسمه تعالى فيها مثل أحلف لأفعلن أو أقسم أو أشهد أو أعزم أو حلفت فعندنا هو عين نوى أو لم ينو وهو رواية عن أحمد وقال زفران نوى يكون يميناً والا وقال الشافعي ليس يمين نوى أو لم ينو وهو رواية أخرى عن أحمد وقال مالك

يمين ان أفعل كذا لا يصح اقرارا فيجوز أن يقال قد تقدم أن اليمين عقد قوي به عزم الحالف على الفعل أو الترك اذا وهو موجود والعادة قد جرت باليمين به قال الله تعالى اذا قسموا ليصر منها مصحين وقال تعالى واقسموا بالله جهد أيمانهم وقال تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم وقال تعالى يحلفون بالله لكم ليرضوكم وقال تعالى قالوا نشهد أنك لرسول الله وقال تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله فكما جاز أن يكون حرف القسم مضمرا جاز أن يكون المقسم به أيضا كذلك وهو حجة على زفر في عدم جوازه بدون ذكر اسم الله ثم اختلف في النية اذا لم يذكر اسم الله تعالى فقيل لا يحتاج اليها وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله

(قوله قال الله تعالى اذا قسموا الخ) أقول في تمام الاستدلال بقوله تعالى اذا قسموا وقوله تعالى يحلفون لكم بحث تأمل (قوله وقيل لا بد منها الخ) أقول وسيجي في الشارح في أوائل كتاب البيع ما يدفع هذا القول

اذا نوى في قوله اقسام بالله الخ يكون عينا وان اطلق فلا وجه قولهم ان اقسام يحتمل ان يكون بالله
 او بغيره فلا يكون عينا وكذا يحتمل العدة والانشاء للمحال فلا يتعين عينا كذا قيل وانما يشهد لقول
 القائل ان نوى كان عينا والافلا وجوابه ما ذكره المصنف من انه حقيقة في الحال فانصرف اليه ومن
 ان الحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه أي الى الحلف بالله ولهذا قيل لا يحتاج
 الى النية وقيل لا بد من النية لاحتمال العدة أي لاحتمال استعماله في المستقبل ولا احتمال اليمين بغير الله
 تعالى فقد حكى المصنف وغيره هذا الخلاف صريحاً في المذهب ومنهم من صرح بأنه اذا لم يذكر
 المقسم به يكون عينا عند علمائنا الثلاثة نوى أو لم ينو يعني اذا نوى اليمين أو لم ينو شيئا أما اذا نوى غيره فلا
 شك انه لا يكون عينا فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يكون حالفان يستحق اليمين عليه شرعا فان اليمين
 على نية المستحلف لا الحالف حينئذ وقد وقع في هذه المسئلة خبط في موضعين أشدهما في الحكم
 وهو توهم صاحب النهاية ان مجرد قول القائل أقسم أو احلف موجب للكفارة من غير ذكر محلوف عليه
 ولا حنثا إذ أورد السؤال القائل اليمين ما كان حاملا على فعل شيء أو تركه موجبا للبر وعند فواته موجبا
 للكفارة على وجه الخلافه فقوله أقسم ههنا ليس موجبا شيئا من البر بمجرد لانه لم يعقد عينا على فعل
 شيء أو تركه فكيف يكون عينا ولان الكفارة لستر ذنب هتك حرمة الاسم وليس في أقسم مجرد اهتك
 فكيف يوجب الكفارة ثم أجاب بان قوله أقسم الحق بقوله على عين فان ذلك يوجب الكفارة ذكره في
 الذخيرة وغيره فقال لو قال على عين أو عيّن الله فهو عين وفي المنتقى لو قال على عيّن لا كفارة لها تجب
 الكفارة وان نفي الكفارة صريح بالان قوله على عيّن لما كان موجبا للكفارة لا يفيد قوله لا كفارة لها ثم
 قال وانما كان كذلك لان كلمة على للإيجاب فلما كان كذلك كان هذا اقرارا عن موجب اليمين وموجبها
 البران أمكن والا فالكفارة ولم يمكن تحقيق البرهنا لانه لم يعقد عينه على شيء فكان اقرارا عن موجب
 الآخر وهو الكفارة على وجه الخلافه وبالأقرار يجب الحد فكذا الكفارة وكذا في قوله على نذره
 كفارة عيّن على ما يجي بعده هذا فلما كان كذلك في قوله على عيّن وعلى نذر كان في قوله أقسم عند قران
 النية بالقسام كذا لان أصله الحال في استعمال الفقهاء ثم قال وحاصل ذلك ان قوله أقسم لما كان عبارة
 عن الاقرار بوجوب الكفارة لم يحتاج الى وجوب البراءة ولا الى تصور هتك حرمة الاسم وقد شنع على هذا
 بأن اليمين بذكر المقسم عليه وما ذكر في الذخيرة من ان قوله على عيّن موجب للكفارة معناه اذا وجد ذكر
 المقسم عليه ونقضت اليمين ولا شك في ذلك وانما ترك ذلك للعلم به فان المقصود الذي يحتمل ان يخفى هو ان
 قوله على عيّن هل يجري مجرى قول القائل والله اولا فاما أن مجرد ذكر ذلك يحتمل ان تجب الكفارة فلا
 خفاء فيه فيحتاج الى التنصيص عليه ألا يرى الى قول محمد في الاصل وان حلف بالله أو باسم من أسمائه أو
 قال والله أو بالله أو على عهد الله أو ذمته أو هو يهودي أو نصراني أو برى من الاسلام أو قال أشهد أو أشهد
 بالله أو احلف أو احلف بالله أو أقسم أو أقسم بالله أو على نذر أو نذر الله أو أعزم أو أعزم بالله أو على عيّن أو
 عيّن الله أو ما أشهد عيّن ذلك ثم قال فهذه كلها ايمان واذا حلف بشيء منها لم يفعل كذا وكذا فحنث وجبت
 عليه الكفارة وقد ذكر منها يهودي أو نصراني وأن يقول والله وبالله وتالله وحكم على كل منها انه عيّن
 ولم يلزم من ذلك أن مجرد قوله والله أو قوله هو يهودي تلزمه الكفارة بل صرح بشرط الحنث في كل منها
 للزوم الكفارة كما سمعت قوله واذا حلف بشيء منها لم يفعل كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة ولان
 من الظاهر ان مجرد الاقرار بوجوب الكفارة لا يوجب الكفارة الا ان كان في القضاء لانه يؤخذ باقراره
 وليس الكلام في أن يقول أقسمت عند القاضي بل لو أقر به كان سبيله أن يفتيه بقوله ان كنت صادقا
 فعليك الكفارة وانما الكلام في الحنث في اليمين وهو الانشاء والحق ان قوله على عيّن اذا لم يرد عليه على
 وجه الانشاء لا الاخبار بوجوب الكفارة بناء على أنه التزم الكفارة بهذه العبارة ابتداء كما يأتي في قوله على
 نذر اذا لم يرد عليه فانه مثله من صيغ النذر ولو لم يكن كذلك لغا بخلاف أحلف وأشهد ونحوهما ليست من

المسئلة وهو قوله اقسام الخ
والعمر بالفتح والضم البقاء
الا أن الفتح غلب في القسم
لا يجوز فيه الضم قال في
المبسوط لعمر الله عيين
باعتبار المعنى قال الله تعالى
لعمر ك والعمر هو البقاء
والبقاء من صفات الذات
فكأنه قال والله الباقي
(وايم الله) معناه أيم الله
وهو جمع عيين عند
الكوفيين وقال البصريون
معناه والله وكلمة ايم صلبة
أي كلمة مستقلة كالواو
والبحث في قطع همزته
ووصلها وغير ذلك وظيفة
نحوية قوله (والحلف
باللفظين) يريد به قوله
لعمر ك وايم الله (متعارف)
يحلف بهما في العادة ولم
يرد نهى من الشرع
فيكون عينا وقوله
(وكذا قوله عهد الله
وميثاقه) ظاهر

قال المصنف (وكذا
قوله لعمر الله وايم الله)
أقول قال العلامة الطيبي
في شرح المشكاة في كتاب
الايان والندور نقلا عن
المغرب البين يجمع على
أيم ك رغيف يجمع على
أرغف وأيم محذوف منه
والهمزة للقطع وهو قول
الكوفيين واليه ذهب
الزجاج وعند سيبويه هي
كلمة بنفسها وضعت

(ولو قال بالفارسية سو كند ميخورم بخداي يكون عينا) لانه للحال ولو قال سو كند خورم قيل لا يكون
عينا ولو قال بالفارسية سو كند خورم بطلاق زيم لا يكون عينا لعدم التعارف قال (وكذا قوله لعمر الله
وايم الله) لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه أيم الله وهو جمع عيين وقيل معناه والله وأيم صلبة كالواو
والحلف باللفظين متعارف (وكذا قوله وعهد الله وميثاقه) لان العهديين قال الله تعالى وأوفوا
بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد

صبيغ النذر فلا يثبت به الالتزام ابتداء والموضع الآخر استدلال صاحب النهاية وغيره على أن مجرد قوله
أحلف أو أقسم عيين بقوله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم وقوله تعالى إذا قسموا ليصر منها مصحين ولا
يخفى على أحد أن قوله أقسموا اخبار عن وجود قسم منهم وهو لا يستلزم أن ذلك القسم كان قولهم نقسم
لنصر منها فانهم لو قالوا والله لنصر منها مصحين لصح ان يقال في الاخبار عنهم أقسموا ليصر منها ومثله في
يحلفون لكم لترضوا عنهم لا يلزم كون حلفهم كان بلفظ الحلف أصلا فضلا عن لفظ الحلف بلاذ كراسم
الله تعالى وانما استدلل على ذلك بحديث الذي رأى رؤيا فقصها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبو
بكر ائذن لي فلا عبرها فأذن له فعبرها ثم قال أصبت يا رسول الله فقال أصبت واخطأت فقال أقسمت
يا رسول الله لتخبرني قال لا تقسم هكذا رواه أحمد وهو في الصحيحين بلفظ آخر (قوله ولو قال بالفارسية
سو كند مي خورم بخداي يكون عينا) لانه للحال لان معناه أحلف إلا أن بالله ولو قال سو كند خورم قيل
لا يكون عينا لانه مستقبل ولو قال سو كند خورم بطلاق زيم يعني أحلف بطلاق زوجتي لا يكون عينا لعدم
التعارف في الطلاق كذلك (قوله وكذا قوله لعمر الله وايم الله) يعني يكون حالفا كما هو حالف في
أقسم بالله وأخواته لان عمر الله بقاءه وفيه ضم العين وفتحها إلا أنه لا يستعمل المضموم في القسم ولا يلحق
المفتوحة الواو في الخط بخلاف عمر والعلم فانها ألحقت للفرق بينه وبين عمر والبقاء من صفة الذات على
ما مر من قاعدته وهو ان يوصف به لا بضده فكأنه قال وبقاء الله كقدرة الله وكبريائه وإذا أدخل
عليه اللام رفع على الابتداء وحذف الخبر أي لعمر الله قسمي وان لم تدخله اللام نصب نصب المصادر
فتقول عمر الله ما فعلت ويكون على حذف حرف القسم كافي الله لا فعلن وأما قولهم عمر ك الله ما فعلت
فعناه باقرارك له بالبقاء وينبغي أن لا ينعقد عينا لانه حلف بفعل المخاطب وهو اقراره واعتقاده وأما
أيم الله فعناه أيم الله وهو جمع عيين على قول الاكثر فحذف بالالف حتى صار أيم الله ثم خفف أيضا
فقبل م الله لا فعلن كذا فيكون ميم واحدة وبهذا نفي سيبويه أن يكون جعل الان الجمع لا يسبق على
حرف واحد ويقال من الله بضم الميم والنون وفتحهما ووكسرهما وهمزة أيم بالقطع وانما وصلت في
الوصل تخفيفا لكثرة الاستعمال ومذهب سيبويه انها همزة وصل اجتلبت ليتمكن بها النطق كهمزة
ابن وامرئ من الاسماء الساكنة الاوائل وانما كان كل منهما عينا لان الحلف بهما متعارف قال تعالى
لعمر ك انهم لفي سكرتهم يعمهون وقال صلى الله عليه وسلم في حديث امارة اسامة بن زيد حين طعن بعض
الناس في امارته ان كنتم تطعنون في امارته فقد كنتم تطعنون في امارة أبيه من قبل وايم الله ان كان
خلية قال امارة الحديث في البخاري (قوله وكذا قوله وعهد الله وميثاقه) يعني اذا أطلق عندنا وكذا
عند مالك وأحمد وعند الشافعي لا يكون عينا الا بالنسبة لان العهد والميثاق يحتمل العبادات فلا يكون
عينا بغير النية وقوله تعالى وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان لا يقيدان العهد عيين بل واز
كونهما شيئين الامر بالابقاء بالعهد والنهي عن نقض الايمان المؤكدة بأي معنى ففرض النقض
فاستدل لهم به على انها عيين لا يتم وهذا لان احباب الوفاء بالعهد لا يستلزم ايجاب الكفارة بخلاف ما عقد
عليه الا لو ثبت في مكان آخر في الشرع انه كذلك قلنا ان أهل التفسير لما جعلوا المراد بالايمان هي العهود
المتقدمة ذكرها أو ما هو في ضمنها وجب الحكم باعتبار الشرع اياها عينا وان لم يكن حالفا بصفة الله تعالى
كما حكم بأن أشهد عينا وان لم يكن فيه ذلك وأيضا غلب الاستعمال لهما في معنى اليمين فيصرفان اليه

ومن قال على نذر أو نذر الله أن لا أفعل كذا كان يمينا (أقوله صلى الله عليه وسلم) (١٥)

من نذر نذرا ولم يسم فعليه

كفارة يمينا ومن قال ان فعل كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر أو مجوسي كان يمينا لأنه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغیره بجعله يمينا كما تقول في تحريم الحلال (وهذا جواب من قال أنا بريء من الكعبة أو النبي صلى الله عليه وسلم فإنه يكون يمينا وان كان ذلك كفرا لأنه اعتقدان البراءة عن ذلك واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغیره فكان يمينا هذا هو الموعود فيما تقدم وقدرى عن محمد أنه اذا قال هو يهودي ان فعل كذا هو نصراني ان فعل كذا فهو يمينا وان قال هو يهودي أو نصراني ان فعل كذا فهو يمينا واحد لان في الاول كل واحد من اللفظين تام بذكر الشرط والجزاء وفي الثاني كلام واحد حين ذكر الشرط مرة واحدة وقوله (ولو قال ذلك لشيء قد فعله) يعني لو حلف بمذا اللفظ على أمر ماض فان كان عنده أنه صادق فلا شيء عليه وان كان يعلم أنه كاذب

(وكذا اذا قال على نذر أو نذر الله) لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمينا (وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يمينا) لأنه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغیره بجعله يمينا كما تقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله

فلا يصرفهما عنه الآية عدمه فالخالات ثلاثة اذا نوى اليمين أو لم ينو يمينا ولا غيره فهو يمينا وان قصد غير اليمين فليس يمينا فيما بينه وبين الله تعالى وكذا الذمة والامانة كأن يقول وذمة الله أو أمانة الله لا فعلن واستدل على كونها يمينا بأنه صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيشا يقول اذا حاصرتم أهل حصن أو مدينة فارادوكم على ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم فدل على انها يمينا ولا يخفى انه لا يستلزم ذلك والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة ولهذا يسمى الذي معاهد او الامانة على هذا الخلاف فعندنا ومالك وأحمد هو يمينا وعند الشافعي بالنية لانها فسرت بالعبادات قلنا غلب ارادة اليمين بها اذا ذكرت بعد حرف القسم فوجب عدم توقفها على النية للعادة الغالبة واعلم ان في سنن أبي داود من حديث بريدة عنه صلى الله عليه وسلم من حلف بالامانة فليس ميثاقا بل يقتضى عدم كونه يمينا والوجه انه انما يقتضى منع الحلف به ولا يستلزم ذلك انه لا يقتضى الكفارة عند الحنابلة والله أعلم ولو قال على عهد الله وأمانته وميثاقه ولا نية له فهو يمينا عندنا ومالك وأحمد ولو حنث لزمته كفارة واحدة وحكى عن مالك يجب عليه بكل لفظ كفارة لان كل لفظ يمينا بنفسه وهو قياس مذهبنا اذا كرر الواو كما لو قال والله الرحمن والرحيم الا في رواية الحسن عن أبي خنيفة وعند الشافعي اذا قصد بكل لفظ يمينا تعددت الايمان والا يكون الجمع بين الاضمار للتوكيد فوجب كفارة واحدة قلنا الواو والعطف وهو موجب للغايرة (قوله وكذا اذا قال على نذر أو على نذر الله) يعني يكون يمينا اذا ذكر الحلف عليه بان قال على نذر الله لأفعلن أو لا أفعلن كذا حتى اذا لم يف بيمينه حلف عليه لزمته كفارة يمينا هذا اذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيئا من القرب كحج أو صوم فان كان نوى بقوله على نذر ان فعلت كذا فريضة مقصودة يصح النذر بها ففعل لزمته تلك القرية قال الحاكم وان حلف بالنذر فان نوى شيئا من حج أو عمرة فعليه ما نوى وان لم يكن له نية فعليه كفارة يمينا ولا شك ان قوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا لم يسمه فكفارته كفارة يمينا رواه أبو داود من حديث ابن عباس رضي الله عنهما يوجب فيه الكفارة مطلقا الا أنه لما نوى بالمطلق في اللفظ قرينة معينة كانت كالمسماة لانها مسماة بالكلام النفسي فانما ينصرف الحديث الى مالا نية معه من لفظ النذر فاما اذا قال على نذر أو نذر الله ولم يزد على ذلك فهذه لم تجعله يمينا لان اليمين انما يتحقق بحلف عليه فالحكم فيه أن تلمزه الكفارة فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة فاما اذا كرر صيغة النذر بان يقول لله على كذا صلاة ركعتين مثلا أو صوم يوم مطلقا عن الشرط أو متعلقا به أو ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور مثل لله على نذر صوم يومين متعلقا أو منجزا فسيأتي في فصل الكفارة فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر (قوله ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يمينا) فاذا فعله لزمه كفارة يمينا قياسا على تحريم المباح فإنه يمينا بالنص وذلك أنه صلى الله عليه وسلم حرم ما ربه على نفسه فأنزل الله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ثم قال قد فرض الله عليكم تحلوا أيما نكح ووجه الاحتياط أنه لما جعل الشرط وهو فعل كذا علما على كفره ومعتقده حرمة كفره فقد اعتقده أي الشرط واجب الامتناع فكأنه قال حرمت على نفسي فعل كذا كدخول الدار ولو قال دخول الدار مثلا على حرام كان يمينا فكان تعليق الكفر ونحوه على فعل مباح يمينا اذا عرف هذا فلو قال ذلك لشيء قد فعله كان قال ان كنت فعلت كذا فهو كافر وهو عالم أنه قد فعله فهي عين الخموس

(قوله وقد أمكن القول

بوجوبه لغیره) أقول الامتناع عن البراءة عما ذكر واجب لعينه لا غيره كما لا يخفى (قوله هذا هو الموعود الخ) أقول أراد به ما تقدم بنصف ورقة وهو قوله ولقائل أن يقول سلطنا أن التبرى منهما الى قوله والجواب سيجيء اه

فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا (١٦) بالمستقبل) يعني كماله حلف به على أمر في المستقبل فانه في المستقبل كان عينا يكفر ولا يكفر

الحالف كذلك اذا كان في الماضي (وقيل) وهو قول محمد بن مقاتل (يكفر لانه) علق التكفر بما هو موجود والتعلق بالموجود (تخييز) فكانت قال هو يهودي قال في النهاية والصحيح انه اذا كان عالما يعرف انه عين فلا يكفر به في الماضي والمستقبل وان كان جاهلا او عنده انه يكفر بالحلف فانه يكفر في الماضي والمستقبل لانه لما أقدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر فقد رضى بالكفر وقوله (لان حرمة هذه الاشياء تختمل النسخ والتبديل) قال في النهاية أما الزنا والسرقه فانهما لا يمتثلان النسخ ولكن ذلك الفعل المقصود بالزنا والعين المقصودة بالسرقه بعينه جازان يكون حلالا له فوجه النكاح وملك الميم فسمى احتمال انقلابهما من الحرمة الى الحل بالسبب الشرعي نسخا وتبديلا وأما النحر والربا فيتمثلان النسخ أما النحر فظاهر أنها كانت حلالا ثم اتسخ وأما الربا فيتمثل النسخ في نفسه وان لم يرد النسخ في حقه ألا ترى انه يحل في دار الحرب وأقول في كلام المصنف لف ونشر على غير السنن وذلك لان قوله نسخا متعلق بشرب الخمر وأكل الربا وقوله تبديلا بالزنا والسرقه ويراد بالتبديل انقلاب المحل على ما ذكر

فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تخييز معنى فصار كما اذا قال هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه عين وان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضى بالكفر حيث أقدم على الفعل (ولو قال ان فعلت كذا فعلى غضب الله أو سخط الله فليس يحالف) لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف (وكذا اذا قال ان فعلت كذا فأنازان أو سارق أو شارب خرا أو كل ربوا) لان حرمة هذه الاشياء تختمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس متعارف

لا كفارة فيها الا التوبة وهل يكفر حتى تكون التوبة اللازمة عليه التوبة من الكفر وتجديد الاسلام قبل لا وقيل نعم لانه تخييز معنى لانه لما علقه بأمر كائن فكانت قال ابتداء هو كافر والصحيح انه ان كان يعلم انه عين فيه الكفارة اذا لم يكن غموسا لا يكفر وان كان في اعتقاده انه يكفر به يكفر فيهما لانه رضى بالكفر حيث أقدم على الفعل الذي علق عليه كفره وهو يعتقد انه يكفر اذا فعله واعلم انه ثبت في الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف على عين بغير الاسلام كاذبا متعدها فهو كما قال فهذا ينزاع أي أعم من أن يعتقد عينا أو كفر أو اظا هرا نه أخرج مخرج الغالب فان الغالب من يحلف بمثل هذه الايمان أن يكون من اهل الجهل لا من اهل العلم والخبر وهو لا يعرفون الا لزوم الكفر على تقدير الخت فأن تم هذا والا فالحديث شاهد لمن أطلق القول بكفره (قوله ولو قال ان فعلت كذا فعليه غضب الله أو سخطه فليس يحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق بالشرط) أي لا يلزم سبيبة الشرط له غاية الامر ان يكون نفس الدعاء معلقا بالشرط فكانت عند الشرط دعاء على نفسه ولا يستلزم وقوع المدعى بل ذلك متعلق باستجابة دعائه (ولانه غير متعارف وكذا ان قال ان فعلت كذا فهو زان أو فاسق أو سارق أو شارب خرا أو كل ربوا) لا يكون عينا أما أولا فلا ن معنى الميم ان يتعلق ما يوجب امتناعه عن الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل وليس بمجرد وجود الفعل يصير زانيا أو سارقا لانه لا يصير كذلك الا بفعل مستأنف يدخل في الوجود ووجود هذا الفعل ليس لازما لوجود الحلف عليه حتى يكون موجبا امتناعه عنه فلا يكون عينا بخلاف الكفر فانه بالرضا به يكفر من غير توقف على عمل آخر أو اعتقاد والرضا يتحقق مباشرة الشرط فيوجب عنده الكفر لولا قول طائفة من العلماء بالكفارة وأما ثانيا فلا ن حرمة هذه الاشياء تختمل السقوط وهو المراد بقوله تختمل النسخ والتبديل أما النحر فظاهر وأما السرقه فعند الاضطراب الى كل مال الغير وكذا اذا أكرهت المرأة بالسيف على الزنا وحرمة الاسم لا تختمل السقوط فلم تكن حرمة هذه الاشياء في معنى حرمة الاسم وهذا فيه نظر لان كون الحرمة تختمل الارتفاع أو لا تختمل لا أثره فانه ان كان يرجع الى تحريم المباح فهو عين مع أن ذلك المباح يمتثل تحريمه الارتفاع وان لم يرجع اليه لا يكون عينا ولا معنى لزيادة كلام لا دخل له ولانه ليس متعارف أن يقال ان فعالت فأنازان فلا يكون عينا (فرو ع) في تعدد الميم ووحدها وغير ذلك اذا عد ما يحلف به بلا واعم اختلاف اللفظ أو عدم اختلافه فهو عين واحدة كأن يقول والله الرحمن الرحيم أو يقول والله الله إلا أن تعليل هذا بانه جعل الثاني نعتا للاول مؤول وكذا بلا اختلاف مع الواو نحو والله والله أو هو يرى من الله ورسوله وان كان الواو في الاختلاف نحو والله والرحمن والرحيم تعددت الميم بتعدد ما وكذا الواو بين مع الاتحاد نحو والله والله فيتنفرع أنه لو قال والله والله والرحمن أنها ثلاثة أيمان أو هو يرى من الله ورسوله فيمينان حتى لو قال هو يرى من الله ورسوله والله ورسوله منه برهان ان فعل كذا فهي أربعة أيمان فيلزمه لفعل ما سماء أربع كفارات هذا كله ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أن عليه في المختلفة كفارة واحدة لان الواو الكائنة

وهذا افادة والحل على ما ذكره صاحب النهاية إعادة والحل على الاولى أولى فاذا كان كذلك لم تكن حرمة هذه الاشياء في معنى حرمة اسم الله تعالى لان حرمة لا تحل في حال فلا يتحقق الميم بذكر هذه الاشياء (ولانه ليس متعارف) فلا يكون عينا

بين الاسماء للسم لا للعطف وبه أخذ مشايخ سمرقند وأكثر المشايخ على ظاهر الرواية فلو قال بواوين
 كوالله ووالرحمن فكفارتان في قولهم وروى ابن سماعه في غير المختلفة عن محمد بن نحو والله والله
 مطلقاً هذا قبل ذكر الجواب أما لو قال والله لأفعل كذا ثم أعاده بعينه فكفارتان **وكذا لو قال**
 لا امرأته والله لأقربك ثم قال والله لأقربك فقربهم امرأته كذا ثم أعاده بعينه فكفارتان روى ذلك عن أبي يوسف
 رحمه الله وسواء كان في مجلس أو مجلس وروى الحسن أنه ان نوى بالثاني الخبر عن الاول صدق ديانة
 وهي عبارة منسأهل فيها وانما المراد أن يريد بالثاني تكرار الاول وتأكيده اختاره هذا الامام أبو بكر
 محمد بن الفضل قال فان نوى بالمبالغة أو لم ينو شيئاً يلزمه كفارتان وقد مر في الايلاء في النجريد عن أبي
 حنيفة اذا حلف بأيمان عليه لكل عین كفارة والمجلس والمجالس فيه سواء ولو قال عني بالثاني الاول
 لم يستقيم في اليمين بالله سبحانه وتعالى ولو حلف بحجة أو عسرة يستقيم وهذا يخالف ما روى
 الحسن وفي الخلاصة عن نسخة الامام السرخسي في ايمان الاصل اذا حلف على أمر أن لا يفعله
 ثم حلف في ذلك المجلس أو في مجلس آخر أن لا يفعله أبداً ثم فعله ان نوى عينا مبتدأة أو التشديد أو لم ينو
 فعله كفارة يمينين أما اذا نوى بالثاني الاول فعله كفارة واحدة وقد مر في الايلاء لو قال والله لا أكل
 فلان يوم ما والله لا أكله شهر والله لا أكله سنة ان كلف بعد ساعة فعله ثلاثة أيمان لأنه ان عقد على تلك
 الساعة ثلاثة أيمان يمين اليوم ويمين الشهر ويمين السنة فعليه اذا كلف بعد ساعة ثلاث كفارات وان
 كلف بعد يوم فعليه كفارتان لان يمين اليوم ان حلت قبله فبقي على ذلك اليوم يمينان وان كلف بعد
 شهر فكفارة واحدة وان كلف بعد سنة فلا شيء عليه وعرف في الطلاق أنه لو قال ان دخلت فانت
 طالق ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق وقع عليها ثلاث تطليقات وما في الاصل
 من أنه اذا قال هو يهودي هو نصراني ان فعل كذا فهي يمين واحدة ولو قال هو يهودي ان فعل
 كذا هو نصراني ان فعل كذا فيمينان يفيدان في مثله تعدد اليمين منوط بشكر المحلف عليه مع
 تكرار الالتزام بالكفر ولو قال أنا بري من الكتب الاربعة فهي يمين واحدة وكذا لو قال هو بري
 من التوراة والانجيل والزبور والفرقان فهي يمين واحدة ولو قال هو بري من التوراة وبرى من
 الانجيل وبرى من الزبور وبرى من الفرقان فهي أربعة أيمان ولو قال هو شريك اليهودي فهو وكفوله
 يهودي ولو قال بري من هذه الثلاثين يوماً يعني شهر رمضان ان أراد عن فرضيتها يكون يميناً أو عن
 أجرها أو لم ينو شيئاً لا يكون يميناً والاحتياط هو يمين ولو قال من الصلاة التي صليتها وحنث لا يلزمه
 شيء بخلاف قوله من القرآن الذي تعلمت واختلف في بري من الشفاعة وفي مجموع النوازل الاصح
 انه ليس بيمين ولو قال دخلت الدار أمس فقال نعم فقال له والله لقد دخلتها فقال نعم فهو حالف وروى
 بشر عن أبي يوسف قال لا تخربان كملت فلانا فعبداً حرّاً فقال نعم الا باذنك فهذا ان كلفه بغير اذنه
 يحنث ولو قال رجل لا آثر الله ان يفعل كذا أو والله لتفعلن كذا فقال لا آثر نعم فان أراد المبتدئ
 الحالف وكذا المجيب فهما حالفان على كل منهما كفارة ان لم يفعل المجيب لان قوله نعم جواب وهو يستدعي
 اعادة ما في السؤال فكأنه قال نعم والله لا تفعلن كذا وان نوى المبتدئ الاستحلاف والمجيب الحلف فالمجيب
 هو الحالف وان لم ينو كل منهما شيئاً فالخالف هو المجيب في قوله الله وفي قوله والله بالواو فالخالف هو
 المبتدئ وان أراد المبتدئ الاستحلاف فأراد المجيب أن لا يكون عليه يمين وأن يكون قوله نعم وعدا
 بلا يمين فهو كمن نوى ولا يمين على واحد منهما ولو قال بالله فهو وكفوله والله في جميع ذلك ولو قال لمد يونه
 ان لم تقض ديني غداً فمرأنتك طالق فقال المدينون نعم فقال له الرجل قل نعم فقال نعم وأراد جوابه يلزمه
 اليمين ثانياً فتطلق ثنتين وان دخل بينهما انقطاع في الفتاوى وفي مجموع النوازل قال لا آثر والله
 لا آثرني الى ضيافتك فقال لا آثر ولا آثرني الى ضيافتي فقال نعم يصير حالفاً ثانياً

فصل في الكفارة قال (كفارة اليمين عتق رقبة يجزى فيها ما يجزى في الظهار وان شاء كسا عشرة مسا كين كل واحد ثوباً فإزاد وأدناه ما يجوز فيه الصلاة وان شاء أطعم عشرة مسا كين كالا طعام في كفارة الظهار) والاصل فيه قوله تعالى فكفارة اطعام عشرة مسا كين الآية وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الاشياء الثلاثة قال (فان لم يقدر على أحد الاشياء الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات) وقال الشافعي رحمه الله يخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهي كالخبر المشهور

(فصل في الكفارة) لما فرغ من بيان الموجب شرع في بيان الموجب وهو الكفارة لكن هي موجب اليمين عند الانقلاب لان اليمين لم تشرع للكفارة بل تنقلب موجبة لها عند انتفاضها بالحنث وكلامه واضح وكون الواجب أحد الاشياء على التخيير أو واحدا معينا عند الله وان كان مجهولا عندنا وعدم حمل الشافعي المطلق على المقيد على ما هو من مذهبه وغير ذلك مقرر في التفسير فليطلب عنه

فصل في كفارة اليمين

فصل في الكفارة الكفارة فعالة من الكفر وهو الستر وبه سمي الليل كافر ا قال في ليلة كفر النجوم غمامها * وتكفر شربه اشتمل به و اضافته الى اليمين في قولنا كفارة اليمين اضافة الى الشرط مجازا وعند الشافعي اضافة الى السبب فاليمين هو السبب وسيد كرا المصنف المسئلة (قوله كفارة اليمين عتق رقبة) أي اعتاقها لانفس العتق فانه لو ورث من يعتق عليه فتوى عن الكفارة لا يجوز (ويجزى فيها ما يجزى في الظهار) وتقدم المجزى في الظهار من أنها المسئلة والكافرة والذ كروا لاني والصغيرة ولا يجزى فائت جنس المنفعة بخلاف غيره فتجزي العوراء لا العباء ومقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف ولا يجوز مقطوعهما من جهة واحدة ولا مقطوع اليدين والرجلين وفي الاصم اختلاف الرواية والاصح أنه اذا كان بحيث اذا صبح عليه يسمع جاز ولا يجوز المجنون الذي لا يفقه وفيم يفيق ويجن يجوز ولا المدبرة وأم الولد لانهم لا استحقاقهما الحرية نقض الرق فيه ما بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئا يجوز بخلاف الذي أدى بعض شيء لانه كالمعتوق بعوض (وان شاء كسا عشرة مسا كين كل واحد ثوباً فإزاد) يعني ان كسا ثوبين أو ثلاثة فهو أفضل (وأدناه ما يجوز فيه الصلاة وان شاء أطعم عشرة مسا كين) كالا طعام في كفارة الظهار وهي نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعيرة كره الكرخي باسناده الى عمر رضي الله عنه قال صاع من تمر أو شعيرة ونصفه من بر وباسناده الى علي رضي الله عنه قال كفارة اليمين نصف صاع من حنطة وبسنده الى الحسن رضي الله عنه قال بغديهم وبعشيم وباسناده الى مجاهد قال كل كفارة في القرآن نصف صاع من بر لكل مسكين ولو غداهم وعشاهم وفيهم فطيم أو فوفه سنا لم يجز عن اطعام مسكين ويجوز ان بغديهم وبعشيم بخبرنا أنه ان كان برا لا يشترط الادام وان كان غيره فبادام ويجوز في الاطعام كل من التملك والاباحة وتقدم (والاصل فيه قوله تعالى فكفارة اطعام عشرة مسا كين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الاشياء الثلاثة) والعبد الخيار في تعيين أيها شاء أو بتعين الواجب عينا بفعل العبد والمسئلة طويلة في الاصول ودخل فممن لم يقدر على العتق والكسوة والاطعام العبد فلا يكون كفارة عينه الا بالصوم ولو اعتق عنه مولا أو أطعم أو كسا لا يجزى به وكذا المكاتب والمسئس ولو صام العبد فاعتق قبل أن يفرغ ولو ساعة فأصاب ما لا وجب عليه استئناف الكفارة بالمال (قوله فان لم يقدر على أحد الاشياء الثلاثة) من الاعناق والكسوة والاطعام (كان عليه صوم ثلاثة أيام متتابعات وقال الشافعي يخير) بين التتابع والتفريق (لاطلاق النص) وهو قوله تعالى فصيام ثلاثة أيام وهو قول مالك وفي قول آخر شرط التتابع كقولنا وهو ظاهر مذهب أحمد (ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهي كالخبر المشهور) لشهرتها على ما قيل الى زمن أبي حنيفة رضي الله عنه والخبر المشهور يجوز تقييد النص القاطع به فيقيد ذلك المطلق به فان قيل الشافعي كان أولى بذلك منكم لانه يحمل المطلق على المقيد وان كانا في حادثين وأنتم تحمله في حادثه ثم انكم جريتم على موجب ذلك هنا وتركتوه في صدقة الفطر في قوله أدواعن كل حر وعبد وقوله أدواعن كل حر وعبد من المسلمين أجيب عنا باننا انما نحمل في الحادثة الواحدة للضرورة ويستحيل أن يكون الفعل الواحد مطلوبا بقيد زائد

ثم المذكور في الكتاب في بيان أدنى الكسوة مروى عن محمد وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما
الله أن أدناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لأن لابسـه يسمى عربا في العرف
لكن ما لا يجز به عن الكسوة يجز به عن الطعام باعتبار القيمة

على المطلق وبقيده إطلاقه لتساوي بينهما فإن الأول يقتضي أن لا يجوز إلا بقيد التتابع ولا يجزى
التفريق والتاخي يقتضي جوازهم مفرقا بجوازهم متتابعين وإذا وجب القيد الأول لزمه انتفاء الثاني فلم
الحل ضرورة وهذه الضرورة منتفية في صدقة الفطر لورود النصين المطلق والمقيد في الأسباب ولا
منافاة في الأسباب فيكون كل من المطلق والمقيد سببا وهذا كلام محتاج إلى تحقيق وتحقيقه أن الحل لمالم
يجب بالضرورة وهي المعارضة بين المطلق والمقيد ولا معارضة بينهما الأول قلنا بفهوم المخالفة فإنه
حينئذ يكون الحاصل من المطلق أن ملك العبد سبب لوجوب الاداء عنه مسلما كان أو كافرا والحاصل
من المقيد أن ملك العبد المسلم سبب وغير المسلم ليس سببا لفرض دلالة المفهوم فيتعارضان في غير المسلم
فإذا فرض تقديم المفهوم على الإطلاق لزم انتفاء سببية غير المسلم ولزم أن المراد أن المسلم فقط هو السبب
وهو الحل ضرورة لكننا لم نقل به فبقى مقتضى المطلق بلا معارض وهو أن المسلم وغيره سبب وأجابوا عما
لزم الشافعي رحمه الله تعالى بأن هذه الكفارة تجازيها أصلا في التتابع وعدمه فحمل المطلق على
المقيد بالتتابع في كفارة القتل يوجب التتابع وحمله على صوم المتعة بناء على أنه عنده دم جبر يوجب
التفريق فترك الحل على كل منهما للتعارض وعمل بإطلاق نص الكفارة (قوله ثم المذكور في الكسوة
في الكتاب) أي المبسوط أو مختصر القدوري (في بيان أدنى الكسوة) المسقطه للواجب من أنه ما يجوز
فيه الصلاة (مروى عن محمد رحمه الله) فيجز به دفع السراويل وعنه تقييده بالرجل فإن أعطى السراويل
امرأة لا يجوز لأنه لا يصح صلاتها فيه (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أن أدناه ما يستر عامة بدنه ولا يجوز
السراويل على هذا وهو الصحيح لأن لابس السراويل يسمى عربا عرفا) فعلى هذا لا بد أن يعطيه قميصا
أو جبة أو رداء أو قباء أو أزارا سابلا بحيث يتوشح به عند أبي حنيفة وأبي يوسف والافهوك كالسراويل
ولا تجزى العمامة إلا أن أمكن أن يتخذ منها ثوب مجزى مما ذكرنا جاز وأما القلتسوة فلا تجزى بحال
وان كان قد روى عن عمران بن الحصين أنه سئل عن ذلك فقال إذا قدم وفد على الأمير وأعطاهم قلتسوة
فلنسوة قبل قد كساهم فلا عمل على هذا وعن ابن عمر رضي الله عنه لا يجزى أقل من ثلاثة أثواب
قميص ومئزر ورداء وعن أبي موسى الأشعري ثوبان قال الطحاوي هذا كله إذا دفع إلى الرجل
أما إذا دفع إلى المرأة فلا بد من ثوبان لأن صلاتها لا تصح دونه وهذا يشابه الرواية التي عن
محمد في دفع السراويل أنه للمرأة لا يكتفى وهذا كله خلاف ظاهر الجواب وإنما ظاهر الجواب ما ثبت به
اسم المكتسبي وينتفى عنه اسم العريان وعليه بنى عدم أجزاء السراويل لأصحة الصلاة وعندها
فأنه لا دخل له في الأمر بالكسوة إذ ليس معناه الإجعل الفقير مكتسبا على ما ذكرنا والمرأة إذا كانت
لابسة قميصا سابلا وأزارا وخمارا أعطى رأسها وأذنيه لدون عنقها لا شك في ثبوت اسم أنها مكتسبة
لا عريانة ومع هذا لا تصح صلاتها فالعبرة بثبوت ذلك الاسم صحت الصلاة أولا ثم اعتبار الفقر والغنى
عندنا عند إرادة التكفير وعند الشافعي عند الحنث فلو كان موسرا عند الحنث ثم أعسر عند
التكفير أجزأه الصوم عندنا وبعبكسه لا يجز به وعند الشافعي على القلب فاسه على الحذفان المعتبر
وقت الوجوب للتنصيف بالرق وقلنا الصوم خلف عن المال كالتيه فاعتبر فيه وقت الاداء أما
حد العبد فليس يبدل عن حد الحر فلا يصح قياسه عليه (قوله لكن ما لا يجز به الخ) يعني لو أعطى
الفقير ثوبا لا يجز به عن الكسوة الواقعة كفارة بطريق الكسوة مثل السراويل على المختار أو نصف
ثوب مجزى وقيمته تبلغ قيمة نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير أجزاء عن أطعام فقير من الكفارة

وقوله وهو الصحيح احتراز عما
روى في نوادر ابن سماعة أنه
يجوز وفي رواية أخرى أن
أعطى السراويل المرأة
لا يجوز وإن أعطى الرجل
يجوز لأن المعتبر رد العري
بقدر ما تجوز به الصلاة
لأن ستر العورة فرض لا تجوز
الصلاة بدونه أما ما زاد
عليه ففضل يعتبر للتجمل أو
للتدثر فلا يؤخذ عليه في
الكسوة كما لا يؤخذ عليه
الاداء في الطعام وقوله
(لكن ما لا يجز به عن الكسوة)
يجز به عن الطعام باعتبار
القيمة) يعني لو أعطى كل
مسكين نصف ثوب لم يجزه
عن الكسوة لأن الاكتفاء
لا يحصل به ولكنه يجز به
من الطعام إذا كان نصف
ثوب يساوي نصف صاع
من حنطة وكذلك لو أعطى
عشرة مساكين ثوبا بينهم
وهو ثوب كثير القيمة يصيب
كل منهم أكثر من قيمة ثوب
لم يجزه من الكسوة لأنه
لا يكتفى به كل واحد منهم
ولكن يجز به من الطعام
وهل يشترط النية أولا ذكر
شيخ الإسلام في ظاهر الرواية
أنه يجز به نوى أن يكون
بدلا عن الطعام أولم ينو
وعن أبي يوسف إذا نوى أن
يكون عن الطعام يجز به
عن الطعام وإن لم ينو لم يجزه

(وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه) وقال الشافعي يجزيه بالمال لانه اذا هابعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفضل بخلاف الجرح لانه مفضل

وكذا اذا اعطى عشرة مساكين ثوبا كبيرا لا يكفي كل واحد حصته منه الكسوة وتبلغ حصه كل منهم قيمة ما ذكرنا أجزاءه عن الكفارة بالطعام ثم ظاهر المذهب انه لا يشترط الاجزاء عن الاطعام ان ينوي به عن الاطعام وعن أبي يوسف لا يجزيه الا ان ينويه عن اء طعام وعند زفر لا يجزيه نوى أولم ينو واعترض بقوله صلى الله عليه وسلم وانما لكل امرئ ما نوى فاذا لم ينو عن الاطعام لا يقع عنه ولانه تعالى خير المكفر بين خصال ثلاث فاذا اختار أحدها صار كأنه هو الواجب ابتداء وتنتهي الآخران والجواب انه ان اراد انه لا بد من نية الكفارة فصحيح وبه نقول وقوله صلى الله عليه وسلم وانما لكل امرئ ما نوى دليله فلا ينصرف المؤدى طعاما أو كسوة الى كونه كفارة الابنية وان اراد انه لا بد ان ينوي التكفير بالاطعام والتكفير بالكسوة مثلا فممنوع فان الواجب التكفير بأحد الاشياء التي كل منها متعلق الواجب وهو فعل الدفع الذي هو نفس الواجب فاذا دفع أحدها نوى بالامتنال فقد تم الواجب سواء كان يصح اطعاما أو غيره مما هو أحد الثلاثة ولو توقف السقوط على أن ينوي بدفع أحدها لانه عن الآخر اذا لم يكف لنفسه لزم أن ينوي كل خصلة في نفسه فيجب أن ينوي في الاطعام انه اطعام وفي دفع الثوب انه كسوة ولا حاجة الى ذلك بل المحتاج اليه نية الامتنال بالفعل اذا كان مما يصلح للاسقاط بوجه وقد نوى الاسقاط فانصرف الى ما به الاسقاط فظهر ضعف كلام المعترض على ان كونه مختارا للكسوة اذا دفع ما لا يستقيم كسوة ممنوع وقد طوبى بالفرق بين هذا وبين ما اذا أعطى نصف صاع غر في صدقة الفطر قيمته نصف صاع ولا يجزي عنه بطريق القيمة وأجيب بان جنس الكفارة في التمر والبر متحد منصوص عليه وهو سد حاجة البطن من التغذية فلا يدفع أحدهما عن الآخر كالقمح عن الشعير بخلاف الكسوة مع الاطعام فانما جنسان من الكفارة لدفع حاجتين متباينتين دفع حاجة البرد والحر ودفع حاجة التغذية فجاز جعل احدهما عن الاخرى وانما تطير المورد من صدقة الفطر لودفع ثوبا صغيرا نفيسا تبلغ قيمته ثوب كراس يجزي عن الكسوة ينبغي أن لا يجزيه عن الكسوة بل عن الاطعام (قوله وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال) دون الصوم (لانه أدى بعد السبب وهو اليمين) وانما كان السبب للكفارة هو اليمين لانه أضيف اليه الكفارة في النص بقوله تعالى ذلك كفارة أيمانكم وأهل اللغة والعرف يقولون كفارة اليمين ولا يقولون كفارة الحنث والاضافة دليل سببية المضاف اليه للضاف الواقع حكما شرعيا أو متعلقه كما فيما نحن فيه فان الكفارة متعلق الحكم الذي هو الواجب واذا ثبت سببته جاز تقديم الكفارة على الحنث لانه حينئذ شرط والتقديم على الشرط بعد وجود السبب ثابت شرعا كما جاز في الزكاة تقديمها على الحول بعد السبب الذي هو ملك النصاب وكافي تقديم التكفير بعد الجرح على الميت بالسراية ومقتضى هذا أن لا يفرق المال والصوم وهو قوله القديم وفي الجديد لا يقدم الصوم لان العبادات البدنية لا تقدم على الوقت يعني ان تقدم الواجب بعد السبب قبل الوجوب لم يعرف شرعا الا في المالية كالزكاة فيقتصر عليه وذهب جماعة من السلف الى التكفير قبل الحنث مطلقا صوما كان أو مالا وهو ظاهر الاحاديث التي يستدل بها على التقديم كما سيذكر (ولنا ان الكفارة لستر الجناية) من الكفر وهو الستر قال القائل * في ليلة كفر النجوم غمامها * وبه سمي الزارع كافر لانه يستر البذر في الارض (ولا جناية) قبل الحنث لانها منوطة به لا باليمين لانه ذكر الله على وجه التعظيم ولذا أقدم النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة على الأيمان وكون الحنث جناية مطلقا ليس واقعا اذ قد يكون فرضا وانما أخرج

(وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال لانه اذا هابعد السبب وهو اليمين) لانها تضاف الى اليمين يقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى أسبابها حقيقة والاداء بعد السبب جائز لا محالة (فأشبهه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا) لانها تحصل ليهنك حرمة اسم الله بالحنث وقوله (واليمين ليست بسبب) جواب عن قوله لانه اذا هابعد السبب وهو اليمين ووجهه أن السبب ما يكون مفضيا واليمين غير مفض الى الكفارة لانها تجب بعد نقضها بالحنث وانما أضيفت اليها لانها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم (بخلاف الجرح لانه مفضل الى الموت)

المصنف رحمه الله تعالى الكلام مخرج الظاهر المتبادر من اخلاف المحلوف عليه والحاصل أن
السبب الحنث سواء كان به معصية أولا والمدار توفير ما يجب لاسم الله عليه وهذا يفيد أن السبب
الحنث واليمين ليست بسبب لان أقل ما في السبب أن يكون مفضيا الى المسبب واليمين ليس كذلك لانه
مانع عن ^(١) عدم المحلوف عليه فكيف يكون مفضيا اليه نعم قد يتفق تحققه اتفاقا لا عن اليمين للعلم بأن
نفس كل الناكهة لم يتسبب فيه نفس الحلف على تركه بخلاف الجرح فانه مفض الى التلف فلزم ان
الاضافة المذكورة اضافة الى الشرط فان الاضافة الى الشرط جائزة وثابتة في الشرع كما في كفارة
الاحرام وصدقة الفطر على انه لو سلم أن اليمين بسبب فلا شك في أن الحنث شرط الوجوب للقطع بأن
الكفارة لا تجب قبله والا وجبت بمجرد اليمين والمشروط لا يوجد قبل شرطه فلا يقع التكفير واجبا
قبله فلا يسقط الوجوب قبل ثبوته ولا عند ثبوته بفعل قبله لم يكن واجبا فهذا مقتضى الدليل وقع
الشرع على خلافه في الزكاة والجرح وصدقة الفطر على ما قدمناه في باب صدقة الفطرة فتصر على
مورده فلا يلحق غيره به فان قيل قد ورد السمع به في قوله صلى الله عليه وسلم فليكفر عن يمينه ثم ليأت
الذي هو خير قلنا المعروف في الصحيحين من حديث عبد الرحمن بن سمرة قال قال لي رسول الله صلى الله
عليه وسلم اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك وأت الذي هو خير وفي مسلم من
حديث أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه
وليفعل الذي هو خير وحديث البخاري وليس في شيء من الروايات المعتبرة لفظ ثم الا وهو مقابل بروايات
كثيرة بالواو فمن ذلك حديث عبد الرحمن بن سمرة في أبي داود قال فيه فليكفر عن يمينك ثم أت الذي
هو خير وهذه الروايات مقابلة بروايات عديدة كحديث عبد الرحمن هذا في البخاري وغيره بالواو فيتزل
متزلة الشاذ منها فيجب حملها على معنى الواو حلا للقليل الاقرب الى الغلط على الكثير ومن ذلك حديث
عائشة في المستدرک كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا حلف لا يحنث حتى أنزل الله كنارة اليمين فقال
لا أحلف على يمين الى ان قال الا كفرت عن يميني ثم أتيت الذي هو خير وهذا في البخاري عن عائشة
أن أبا بكر كان الى آخر ما في المستدرک وفيه العطف بالواو وهو أولى بالاعتبار وقد شدت رواية ثم لمخالفتها
روايات الصحيحين والسنن والمسند فصدق عليها تعريف المنكر في علم الحديث وهو ما خالف الحافظ فيها
الاكثر بمعنى من سواء ممن هو أولى منه بالحفظ والاتقان فلا يعمل بهذه الرواية ويكون التعقيب المقاد
بالفاء لانه المذكور كما في ادخل السوق فاشتر لها وفاكهة فان المقصود تعقيب دخول السوق بشراء
كل من الامرين وهكذا قلنا في قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق الآية وهذا لان
الواو لما تقتض التعقيب كان قوله فليكفر لا يلزم تقديمه على الحنث بل جاز كونه قبله كما بعده فلزم من
هذا كون الحاصل فليفعل الامرين فيكون المعقب الامرين ثم وردت روايات بعكسه منها ما في
صحيح مسلم من حديث عدي بن حاتم عنه صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها
فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه ومنها حديث رواه الامام أحمد عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ومنها
ما أخرجه النسائي أخبرنا أحمد بن منصور عن سفيان حدثنا أبو الزعرار عن عمار أبي الاحوص عن أبيه
قال قلت يا رسول الله رأيت ابن عمي لي آتية أسأله فلا يعطيني ولا يصلني ثم يحتاج الى قياتيني ويسألني
وقد حلفت أن لا أعطيه ولا أصله فأمرني أن آتي الذي هو خيرا وكفر عن يميني ورواه ابن ماجه بنحوه ثم
لو فرض صحة رواية ثم كان من تغيير الرواية اذ قد ثبتت الروايات في الصحيحين وغيرهما من كتب الحديث
بالواو ولو سلم فالواجب كما قدمنا جل القليل على الكثير الشهير لا عكسه فتحمّل ثم على الواو التي امتلأت
كتب الحديث منها دون ثم وأما لفظ الحديث على ما ذكره المصنف فلم يعرف أصلا أعني قوله من حلف

وقوله (ثم لا يسترد من المسكين) قيل هو معطوف على قوله لم يجزه يعني وإن لم يقع كفارة إذا دفع إلى المسكين قبل الحنث لم يكن لا يسترد منه لأنه قصده شيتين ستر الجناية وحصول الثواب ولم يحصل الأول لعدم الجناية فيحصل الثاني فتكون قد وقعت صدقة فلا رجوع فيها (ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو يقتل فلانا ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن عينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على عين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن عينه) معناه من حلف على قسم عليه من فعل أو ترك لأن اليمين مركبة من قسم به وهو بالله ومقسم عليه وهو قوله لا فعل أو لا أفعل فكان من باب ذكر الكل وإرادة البعض وفي وجه الاستدلال به نظرا لأنه قال ورأى غيرها خيرا منها فالمدعى مطلق والدليل مشروط برؤية غيره خيرا والجواب أن حال المسلم يقتضي أن يرى ترك المعصية خيرا منها فيجعل الشرط موجودا نظرا إلى حاله وقوله (ولأن فيما قلنا) يعني إذا الكفارة بعد الحنث (تفويت البر إلى جابر وهو الكفارة) لما أن الجابر يقتضي سبق (٢٣) خال المجبور وهو خال اليمين بالحنث فيما قلنا فتصلح الكفارة جارة (ولا جابر للمعصية في ضده) أي في ضدها قلنا

(ثم لا يسترد من المسكين) لو وقع صدقة قال (ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو يقتل فلانا ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن عينه) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على عين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن عينه ولأن فيما قلناه تفويت البر إلى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده (وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد إسلامه فلا حنث عليه) لأنه ليس بأهل لليمين لأنها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو أهل للكفارة لأنها عبادة على عين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن عينه إلا أن المطالب لم يتوقف عليه كذلك هذا ولفظ اليمين في قوله صلى الله عليه وسلم من حلف على عين مجاز من إطلاق اسم الكل على الجزء وهو المقسم عليه لأن اليمين اسم لمجموع القسم والمقسم عليه وهو المراد (قوله لا يسترد من المسكين) يعني إذا دفع إلى الفقير الكفارة قبل الحنث وقلنا لا يجزيه فليس له أن يسترد ما منه لأنه تملك لله قصد به القرية مع شيء آخر وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له أن ينقضه ويطلبه (قوله ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو يقتل فلانا ينبغي أن يحنث) أي يجب عليه أن يحنث (نفسه ويكفر عن عينه) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على عين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن عينه (وقد ذكرناه آنفا) ولأن فيما قلناه من تحنث نفسه (تفويت البر إلى جابر وهو الكفارة) وثبت جابر الشيء كنبوت نفسه فكان المتحقق البر (ولا جابر للمعصية في ضده) أي في ضدها قلناه وهو تحنث نفسه وضد تحنث نفسه هو أن يبر في عينه بفعل المعصية فإنه حينئذ تنقضي المعصية دون جابر يجبرها واعلم أن المخالف عليه أنواع فعل معصية أو ترك فرض فالحنث واجب أو شيء غيره أولى منه كالحلف على ترك وطعز وجته شمر أو نحوه فإن الحنث أفضل لأن الفرق أئمن وكذا إذا حلف ليضرب عبدا وهو يستأهل ذلك أو يشكون مديونه أن لم يوافه غدا إلا بالعفو أفضل وكذا تبسیر المطالبة أو على شيء وضده مثل كالحلف لا يأكل هذا الخبز أو لا يلبس هذا الثوب فالبر في هذا وحفظ اليمين أولى ولو قال قائل أنه واجب لقوله تعالى واحفظوا أيمانكم على ما هو المختار في تأويلها أنه البر فيها أمكن (قوله وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر أو بعد إسلامه فلا حنث عليه) أي لا كفارة عليه فالمراد حكم الحنث للمعهود وكذا إذا حلف مسلما ثم ارتد ثم أسلم فحنث لا يلزمه شيء وعلى

أي لا جابر للمعصية الحنث فيما قاله الشافعي لأن الحنث لما تأخر عن الكفارة لم يصلح الكفارة السابقة جارة لذلك الحنث لأن الجابر لا يتقدم كذا في النهاية وقال في بعض الشروح ولأن فيما قلنا أي في تحنث النفس والتكفير بعد ذلك تفويت البر إلى جابر والجابر هو الكفارة والفوات إلى جابر كذا فوات فتكون المعصية الحاصلة بتفويت البر كذا معصية لوجود الجابر أما إذا أتى بالبر وهو ترك الصلاة وقطع الكلام عن الأب وقتل فلان بغير حق فحصل المعصية بلا جبر لها فتكون المعصية قائمة لا محالة فلهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر عن عينه وكلا

الوجهين صحيح والثاني أنسب (وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد إسلامه فلا حنث) أي لا كفارة (عليه) وقال مالك والشافعي يكفر بالمال لأن اليمين تعقد للبر وهو من أهله لأنه انما يتحقق من يعتقد تعظيم حرمة اسم الله وهو يعتقد ذلك فكان اعتقاده بحمله على البر وله ذاب استخفاف في الدعاوى والخصومات (ولنا أنه ليس بأهل لليمين لأنها تعقد لتعظيم الله ومع الكفر لا يكون معظما) إذا كفر اهانة واستخفاف بالخالق وهو ينا في التعظيم (ولا هو أهل للكفارة لأنها عبادة) بخلاف الاستخفاف في الدعاوى والخصومات فإن المقصود منه ظهور حق المدعي بالنسكول أو الاقرار والكفر لا ينافي ذلك

(قوله فكان من باب ذكر الكل الخ) أقول أراد من الكل اليمين ومن البعض المقسم عليه قال المصنف (ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن عينه) أقول فإنه أهون الشرين وارتكابهما واجب إذا لم يكن بد من أحدهما وفي أوائل كتاب الطلاق من الكافي كلام متعلق بالمقام فراجع

(ومن حرم على نفسه شيئاً مما يملكه لم يصبر محرماً عليه ان استباحه كفارة يمين)

هذا الخلاف اذا نذر الكافر ما هو قربة من صدقة أو صوم لا يلزمه شيء عندنا بعد الاسلام ولا قبله وبقوله في مسئلة الكتاب قال مالك وعند الشافعي وأحمد يلزمه الكفارة بالمال لانه أهل لا يجابه دون الصوم لانه عبادة وليس أهلاً لها وصار كالعبادة لما عذر عليه الكفارة بالمال تعين عليه احدى الخصال فكذا هذا لما عذر عليه الصوم تعين ما سواه وأيضاً هو أهل البرقائه يعتقد حرمة اسم الله جل وعلا ويمتنع عن اخلاف ما عهده به عليه وله - هذا يستحلف في الدعاوى ويدخل في المال العتق فانه يقبل الفصل عن العبادة كالعتق للشيطان ونحوه فيكون في حقه مجرد اسقاط المالية ثم ثبت في ذلك سمع وهو ما في الصحيحين ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال يا رسول الله اني نذرت في الجاهلية ان أعتكف ليلة في المسجد الحرام وفي رواية يوماً فقال أوف بنذرنا وفي حديث القمامة من الصحيحين قوله صلى الله عليه وسلم تبرئكم يوم الدين مني وبينكم وبين عينا ولن أقوله تعالى انهم لا أيمان لهم وأما قوله بعد نكثوا أيمانهم فيعني صور الأيمان التي أظهرها والحاصل لزوم تأويل إمامي لأيمانهم كما قال الشافعي ان المراد لا أيفاء لهم - هم أوفى نكثوا أيمانهم على قول أبي حنيفة ان المراد ما هو - ورا ليمان دون حقيقتها الشرعية وترجح الثاني بالفقه وهو اننا نعلم ان من كان أهلاً لليمين يكون أهلاً للكفارة وليس الكافر أهلاً لها لانها شرعت عبادة يجبر بها ما ثبت من اثم الحنث ان كان أو ما وقع من اخلاف ما عهده عليه اسم الله تعالى اقامة لواجبه وليس الكافر أهلاً لفعل عبادة وقوله - هم ايجاب المال والعتق يمكن تجريده عن معنى العبادة ليس بشيء لأن ذلك في ايجاب المال والعتق من حيث هو ايجاب - ما والكلام في ايجاب ما كفارة وايجاب ما كفارة لا يقبل الفصل عما ذكرنا ان لو فصل لم يكن كفارة لان ما شرع بصفة لا يثبت شرعاً الا بالصفة والافهوشى آخر وأما تحاييف القاضي وقوله صلى الله عليه وسلم تبرئكم يوم الدين مني وبينكم - بين عينا فالمراد كما قلنا من ايمان فان المقصود منه ان جاء النكول والكافر وان لم يثبت في حقه شرعاً اليمين الشرعي المستعقب لحكمه فهو يعتقد في نفسه تعظيم اسم الله تعالى وحرمة اليمين به كاذباً فيمتنع عنه فيحصل المقصود من ظهور الحق فشرع التزامه بصورته - هذه الفائدة وما في الهدي من انه مع الكفر لا يكون معظماً ليس بصحيح الا أن يريد تعظيماً يقبل منه ويجازى عليه وأما قوله صلى الله عليه وسلم أوف بنذرنا فالمشهور من مذهب الشافعي ان نذر الكافر لا يصح فالاستدلال به كاللجاج وهم يؤولونه انه أمره أن يفعل قربة مستأنفة في حال الاسلام لا على انه الواجب بالنذر دعاً الى هذا العلم من الشرع ان الكافر ليس أهلاً لقربة من القرب فليس أهلاً لالتزامها الا ترى انه لو فعلها لم يصح منه وتصحيح الالتزام ابتداء براد فعل نفس الملتزم للاضعاف العذاب وقول الطحاوي انه ليس متقرباً الى الله تعالى بل الى ربه الذي يعبد من دون الله انما يستقيم في بعض الكفار وهم المشركون على تقدير قصد بئذ ذره الذي أشرك به ففيه قصور عن محل النزاع (قوله ومن حرم على نفسه شيئاً مما يملكه) كهذا الثوب على حرام أو هذا الطعام أو هذه الجارية أو الدابة (لم يصبر محرماً عليه ان استباحه كفارة يمين) وليس ملكه شرط للزوم حكم اليمين فانما جاز في نحو كلام زيد على حرام ولو أراد بدلفظ شيئاً ما هو أعم من الفعل دخل نحو كلام زيد ولم يدخل نحو هذا الطعام على حرام اطعام لا يملكه لانه حرام عليه التصرف فيه مع انه يصير به حالفاً حتى لو أكله حلالاً أو حراماً لزمته الكفارة والحاصل ان حرمة لا تمنع تحريمه حلفاً الا يرى الى قولهم لو حرم الخمر على نفسه فقال الخمر على حرام ان المختار للفتوى انه ان اراد به التحريم يعني الانشاء تجب الكفارة اذا شربها كأنه حلف لا شرب الخمر - رواه ان اراد الاخبار أو لم يرد شيئاً لا تجب الكفارة لانه أمكن تصحيحه إخباراً والمنقول فيه خلاف بين أبي يوسف وأبي حنيفة عند أحدهما ما يحنث مطلقاً عند الآخر لا يحنث من غير نظر الى نية ولو قال الخنزير على حرام فليس يمين

قال (ومن حرم على نفسه شيئاً مما يملكه) مثل أن يقول حرمت على نفسي ثوبي - هذا أو طعامي هذا لم يصبر محرماً عليه ان استباحه أي ان فعل شيئاً مما حرمه قليلاً أو كثيراً حنث ووجب الكفارة

(وقال الشافعي لا كفارة
عليه لان تحريم الحلال قلب
المشروع) وقلب المشروع
(لا ينعقد به تصرف مشروع
وهو اليمين) كعكسه وهو
تحليل الحرام (ولنا ان اللفظ
ينبي عن اثبات الحرمة) فاما
ان تثبت به حرمة لعينها وهو
غير جائز لانه قلب المشروع
كاذ كرم اول غيرها (بائبات
موجب اليمين) وفيه اعمال
اللفظ والمصير الى اعمال
اللفظ عند الامكان واجب
فيصار اليه وبهذا التقرير
يندفع ما قيل ان بين قوله لم
يصرح محرما وبين قوله وعليه
ان استباحه تنافيا لان
الاستباحة انما تستعمل فيما
اذا كان ثمة تحريم وقوله لم
يصرح محرما يناقضه وذلك
لان قوله لم يصرح محرما معناه
محرما لعينه وقوله ان
استباحه اشارة الى الحرمة
لغيره وعورض بان اليمين
اما ان يذ كر مقسم به وهو
عند كراسم من اسماء الله
او صفة من صفاته كما تقدم
او بان يذ كر شرط وجزاء وليس
شيء منهما موجود فكيف
صار عينا واجيب بسقوطها
بقوله تعالى قد فرض الله
لكم تحلة ايمانكم بعد قوله
لم تحرم ما أحل الله لك في
تحريم العسل أو تحريم
مارية أطلق الايمان على
تحريم الحلال وفرض تحلة
الايمان والرأي لا يعارض
النصوص السمعية

وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به
تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبي عن اثبات الحرمة وقد أمكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره
بائبات موجب اليمين فيصار اليه

الا ان يقول ان أكله وقيل هو قياس الحرام وهو الوجه واعلم ان الظاهر من تحريم هذه الاغيان
انصراف اليمين الى الفعل المقصود منها كافي تحريم الشرع لها في نحو حرمت عليكم أمهاتكم وحرمت
الحمر والخنزير انه ينصرف الى الكاح والشرب والا كل ولذا قال في الخلاصة لو قال هذا الثوب على حرام
فليس به حنت الا ان ينوي غيره وان قال ان أكل هذا الطعام فهو على حرام فأكله لا يحنت وكذا في
المنتقى لو قال كل طعام أكله في منزلك فهو على حرام ففي القياس لا يحنت اذا أكله هكذا روى ابن
سماعة عن أبي يوسف وفي الاستحسان يحنت والناس يريدون بهذا ان أكله حرام انتهى وعلى
هذا فيجب في التي قبلها وهو قوله ان أكل هذا فهو على حرام ان يحنت اذا أكله وكذا ما ذكر في
الحيل ان أكل طعاما عندك أكله حرام فأكله لا يحنت ينبغي ان يكون جواب القياس ولو قال
لقوم كلامكم على حرام أيهم كلم حنت وفي مجموع النوازل وكذا كلام فلان وفلان على حرام يحنت
بكلام أحدهما وكذا كلام أهل بغداد وكذا كل هذا الرغيف على حرام يحنت بأكل لقمة بخلاف
ما لو قال والله لا أكلهم لا يحنت حتى يكلمهم وفي الخلاصة لو قال هذا الرغيف على حرام حنت بأكل
لقمة وفي فتاوى قاضيخان قال مشايخنا رجحوا الله الصحيح انه لا يكون حائشا لان قوله هذا الرغيف
على حرام بمنزلة قوله والله لا أكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنت بأكل البعض وان قالت
لزوجها أنت على حرام أو حرمة لك يكون عينا فالوجاهة طائفة أو مكرهة تحنت بخلاف ما لو
حلفت لا يدخل هذه الدار فأدخل لا يحنت ولو قال لدرهم في يده هذه الدراهم على حرام ان اشترى بها
حنت وان تصدق بها أو وهبها لم يحنت بحكم العرف (قوله وقال الشافعي رحمة الله لا كفارة عليه)
يعني الا في الجوارى والنساء به قال مالك لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع
وهو اليمين الا ان الشرع ورد به في الجوارى والنساء في معناه فيقتصر على مورد الاستدلال بعد
هذا بقوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فبين سبحانه
انه صلى الله عليه وسلم حرم شيئا مما هو حلال وانه فرض له تحلته فبعد عن ذلك بقوله تحلة ايمانكم وعلم
انه سبحانه جعل تحريم ما أحل الله له عينا فيها الكفارة غير مفيد لان الكلام الا في تخصيصه بمورد
أو تعميمه أجيب بأن العبرة لعموم اللفظ وهو قوله ما أحل الله لك وقد يدفع بأن المراد به خصوص
ما وقع تحريمه أي لم حرمت ما كان حلالا لا ولذا قال ينبغي مرضات أزواجك وابتغاء مرضاتهن
لا يتعلق بعموم تحريم المباحات بل ببعض يسير بل الجواب انه كما ورد انها أنزلت في تحريم مارية ورد انها
أنزلت في تحريم العسل في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها كان صلى الله عليه وسلم يمكث عند زينب
بنت جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت أنا وحنصة على أن أيتنا ان دخل عليها فلتقول إني أجد منك
ريح مغافير فدخل على احدانا فقالت له ذلك فقال لا بل شربت عسلا عند زينب ولن أعود اليه فترلت
يا أيها النبي لم تحرم وهذا أولى بالاعتبار لان راوية صاحبة القصة وفيه زيادة الصحة وحينئذ لا مانع من
كون نزولها في الامرين جميعا وقوله تعالى ينبغي مرضات أزواجك وان كان ظاهرا في انها في تحريم
مارية لان مرضاتهن كان في ذلك لافي ترك العسل فلا شك انه أيضا في ترك شربه عند الضرورة فان قيل
انه روى أنه قال والله لا أذوقه فلذلك سمي تحريما ولزمت التحلة أجيب بأنه لم يذ كر في الآية ولا في
الحديث الصحيح فلا يجوز أن يحكم به ويقيد به حكم النص واعلم ان الحديث الصحيح هو قوله
ولن أعود اليه ولا شك ان هذا ليس بيمين موجب للكفارة عند أحد حيث ذكر الله تعالى ما يفيد ان

(١) قوله على قربانها العله
على ترك قربانها أو على عدم
حرد كنبه معصمه

(ولو قال كل حل على حرام
فهو على الطعام والشراب
الأن ينوي غير ذلك
والقياس أن يحنت كما فرغ)
لان قوله هذا في ذمة أن
يقال والله لا أفعل فعلا
حلالا وقد فعل فعلا حلالا
وهو التنفس وفتح العينين
فيحنت (وهو قول زفر وجه
الاستحسان ان اليمين تعقد
للبر وهو لا يحصل مع اعتبار
العموم) لا متناع ان لا يتنفس
وان لا يفتح العينين فيعلم
بدلالة الحال عدم ارادة
العموم فيصار الى أخص
الخصوص وهو الطعام
والشراب للعرف فان العادة
جارية باستعماله في المتناولات
(و) اذا لم يكن العموم مرادا
(لا يتناول المرأة الا بالنية
واذا نواها كان ابلاء) لما
بين أن هذا الكلام عيني
فيكون معناه والله لا أقربك
وهو من صور الابلاء (وهذا
جواب ظاهر الرواية
ومشايخ بلخ) كأبي بكر
الاسكاف وأبي بكر بن
أبي سعيد والفقهاء أبي
جعفر وبعض مشايخ
سمرقند قالوا يقع به الطلاق
من غير نية لغلبة الاستعمال
وعليه الفتوى

ثم اذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيرا حنت ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان
التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه (ولو قال كل حل على حرام فهو على الطعام والشراب الا أن ينوي غير
ذلك) والقياس أن يحنت كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رحمه الله تعالى
وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام
والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها
كان ابلاء ولا تنصرف اليمين عن الماء كقول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا قالوا يقع
به الطلاق عن غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى

الواقع منه كان عينا وجب الحكم بأنه كان منه صلى الله عليه وسلم مع ذلك القول قول آخر يروى في تلك
الرواية ثبت به اليمين فجاز كونه قوله والله لا أدوقه وجاز كونه لفظ التحريم الا أن لنظر حرم على نفسه
ظاهر في ارادة قال حرت كذا ونحوه بخلاف الحلف على تركه وحاصل الوجه الذي اقتصر عليه المصنف
وهو ان لفظه ينبي عن اثبات الحرمة وقد أمكن إعماله بآيات حرمة أي حرمة ذلك الشيء لغيره وهو اليمين
بآيات موجب اليمين وهو البر اذا لم يفعل والكفارة ان فعله صونا للكلامه عن الالغاء فضلا من الله عليه
فم المعنى المذكور النساء وغيرهن (قوله) ثم اذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيرا حنت ووجبت الكفارة وهو
المعنى من الاستباحة المذكورة) في قوله وعليه ان استباحه كفارة عيني وبه عرف أن مراده بقوله لم يصبر
محرما عليه المحرم لنفسه والالم يصح قوله استباحه وانما يحنت بالقليل والكثير (لان التحريم اذا ثبت
تناول كل جزء منه) فيتناول جزءا من الحنت وهذا بخلاف ما تقدم من قوله والله لا أكلهم وهذا الرغيف
على حرام على مائة قل فاضحان عن المشايخ (قوله ولو قال كل حل على حرام فهو على الطعام
والشراب الا أن ينوي غير ذلك) فاذا أكل أو شرب حنت ولا يحنت بجماع زوجته (والقياس أن يحنت
كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه) كفتح العينين وتحريك الحنفيين (وهو قول زفر) بناء على
ان عقاده على العموم كما هو ظاهر اللفظ (وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم)
والظاهر انه لم يعقد للحنت ابتداء أي لا يكون الغرض من عقد اليمين الحنت فكان ذلك قرينة صارفة عن
صراحة العموم (واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه) أي هذا اللفظ (يستعمل
فيما يتناول عادة) وهو الطعام والشراب فظهر ان ما قيل انه تعذر الحمل على العموم فيحصل على أخص
الخصوص لا يصح اذ ليس بمجموع الطعام والشراب اخص الخصوص بل حل على ما نعرف فيه اللفظ (ولا
يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم) في غير الطعام والشراب مع صلاحية اللفظ فاذا نواها اتصلت
النية باللفظ صالح فصح فيه دخولها في الارادة بخلاف نحو واسقني اذا أريد به الطلاق لا يقع لعدم صلاحية
فلو وقع كان بمجرد النية (واذا نواها كان ابلاء) لان الحلف (١) على قربانها ابلاء ولا ينصرف عن الطعام
والشراب فأما فعل حنت واذا كان ابلاء فهو مؤبد فان تركها أربعة أشهر بانتهى الى آخر أحكام
الابلاء المؤبد (وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا) أي مشايخ بلخ كأبي بكر الاسكاف وأبي بكر
ابن أبي سعيد والفقهاء أبي جعفر (قالوا يقع به الطلاق من غير الغلبة الاستعمال) في الطلاق فينصرف اليه
من غير نية وبه أخذ الفقهاء أبو الليث قال المصنف وعليه الفتوى وقال البرزوي في مبسوطه هكذا
قال مشايخ سمرقند ولم يتضح لي عرف الناس في هذا لان من لا امرأة له يخاف به كما يخلف ذو الحليمة
ولو كان العرف مستفيض في ذلك لما استعمله الا ذو الحليمة فالصحيح ان يقيده الجواب في هذا ويقول
ان نوى الطلاق يكون طلاقا فاما من غير دلالة فالاحتياط أن يقف الانسان فيه ولا يخالف المتقدمين
واعلم ان مثل هذا اللفظ لم يتعارف في ديارنا بل المتعارف فيه حرام على كلامك ونحوه كأكل
كذا ولبسه دون الصيغة العامة وتعارفوا أيضا الحرام بلزمني ولا شك في أنهم يريدون الطلاق معلقا

وكذا ينبغي في قوله حلال بروى حرام للعرف واختلفوا في قوله هرجه بردست راست كبرم بروى حرام
أنه هل تشترط النية والظاهر أنه يجعل طلاقاً من غير نية للعرف (ومن نذر نذراً مطلقاً فعليه الوفاء)

فإنهم يذرون بعده لا أفن كذا أو لا فعلن وهو مثل تعارفهم الطلاق بلزمني لا أفعل كذا فإنه يراد به
أن فعلت كذا فهي طالق ويجب أداءه عليهم وفي التهمة لو قال حلال الله على حرام أو قال حلال
خداي وله امرأة ينصرف اليها من غير نية وعليه الفتوى وإن لم يكن له امرأه يجب عليه الكفارة قال
المصنف وكذا ينبغي في حلال بروى حرام للعرف يعني يقع به الطلاق على ما اختاره للفتوى (واختلفوا
في قوله هرجه بردست راست كبرم بروى حرام أنه هل يشترط النية أولاً والظاهر أنه يجعل طلاقاً من غير
نية للعرف) قال في الخلاصة لا يصدق أنه لم ينو ولو قال هرجه بردست راست كبرم فهو بمنزلة قوله
كبرم ولو قال هرجه بردست كبرم في مجموع التوازل لا يكون طلاقاً وإن نوى ولو قال هرجه بردست
راست كبرم لا يكون طلاقاً لأن العرف في قوله كبرم ولا عرف في قوله كبرتم ولو قال هرجه بردست
كبرم ولم يقل راست أوجب فهو كقوله هرجه بردست كبرم والحاصل أن المعترف في انصراف هذه
الالفاظ عربية أو فارسية إلى معنى بلانية التعارف فيه فإن لم يتعارف سئل عن نيته وفيما ينصرف
بلانية لو قال أردت غيره لا يصدق القاضي وفيما ينيسه وبين الله تعالى هو مصدق (قوله ومن نذر نذراً
مطلقاً) أي غير معلق بشرط كأن يقول لله على صوم شهر أو حجة أو صدقة أو صلاة ركعتين ونحوه مما
هو طاعة مقصودة لنفسها ومن جنسها واجب (فعليه الوفاء بها) وهذه شروط لزوم النذر فخرج النذر
بالوضوء لكل صلاة فإنه لا يلزم لأنه غير مقصود لنفسه وكذا النذر بعبادة المريض لأنه ليس من جنسه
واجب وإنما كون المنذور معصية يمنع انعقاد النذر فيجب أن يكون معناه إذا كان حراماً لعينه أو ليس فيه
جهة القرية فإن المذهب أن نذر صوم يوم العبد ينقذ ويجب الوفاء بصوم يوم غيره ولو صامه خرج
عن العهدة ولنا فيه بحث ذكرناه في مختصر الأصول ومذهب أحمد رحمه الله فيه كفارة يمين عينا
لحديث ورد فيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا نذري معصية وكفارته كفارة يمين رواه الترمذي بسند
قال فيه صاحب التنقيح كلهم ثقات ومع ذلك فالحديث غير صحيح وبين علته وكذا قال الترمذي وقوله
فعليه الوفاء به أي من حيث هو قرينة لا بكل وصف التزمه به أو عين وهو خلافية زفر فلونذر أن يتصدق
بهذا الدرهم فتصدق بغيره عن نذره أو نذر أن تصدق في هذا اليوم فتصدق في غداً أو نذر أن تصدق على هذا
الفقير فتصدق على غيره عن نذره أجزاء في ذلك خلافاً لزفر له أنه أتى بغير ما نذره ولنا أن لزوم ما التزمه
باعتبار ما هو قرينة لا باعتبار أن أخر لا دخل لها في صيرورته قرينة وقد أتى بالقرينة الملتزمة وكذا إذا نذر
ركعتين في المسجد الحرام فإذا ما في أقل شرفاً منه أو فيما لا شرف له أجزاء خلافاً لزفر وأفضل الأماكن
المسجد الحرام ثم مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ثم مسجد بيت المقدس ثم الجامع ثم مسجد
الحى ثم البيت له أنه نذر بزيادة قرينة فيلزمه قلنا عرف من الشرع أن التزمه ما هو قرينة موجب
ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد بالعبادة بمكان بل انما عرف ذلك لله تعالى فلا يتعدى لزوم
أصل القرينة بالتزمه إلى لزوم التخصيص بمكان فكان ملغى وبقي لازماً بما هو قرينة فان قلت من
شروط النذر كونه بغير معصية فكيف قال أبو يوسف إذا نذر ركعتين بلا وضوء أصبح نذره خلافاً لمحمد
فالجواب أن محمداً أهله لذلك وأما أبو يوسف فأنما صححه بوضوءه ولأن التزمه الشروط التزام
الشرط فقوله بعد ذلك بغير وضوء لغو لا يؤثر ونظيره إذا نذرهما بلا قراءة التزمه ركعتين بقراءة
أو نذر أن يصلي ركعة واحدة الزمناه ركعتين أو نذر أن يصلي ركعة واحدة الزمناه بأربع وقال زفر لا يصح النذر في
الأوليين لأن الصلاة بلا قراءة والركعة الواحدة غير قرينة وفي الثالثة وهي ما إذا نذر بثلاث يلزمه
ركعتان لأنه التزم ركعة بعد التنتين فصار كما إذا التزمهما فردة على قوله ولنا معنى ما قدمناه وهو أن

وقوله (وكذا ينبغي) ظاهر
ولم يذكر ما لو قال هرجه
بردست كبرم بروى حرام
فقد قيل لا يقع به الطلاق
وإن نوى ولو قال هرجه
بردست كبرم كان طلاقاً
قبل يقع به الطلاق وإن لم
ينو وقبل لا يقع إلا بالنية
(قوله ومن نذر نذراً مطلقاً)
مثل أن يقول لله على صوم
سنة ولم يعلقه بشئ فعليه
الوفاء به

(لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر سمي فعله الوفاء بما سمي وان علق النذر بشرط) سواء كان شرطاً أراد كونه أو لم يرد (فوجد الشرط فعله الوفاء بنفس النذر ولا تنفعه كفارة اليمين) (لاطلاق الحديث) فانه لم يفصل بين كون النذر مطلقاً أو معلقاً بشرط (ولان المعلق بالشرط كالنجز عنده) ولو نجز النذر عند وجود الشرط لم تجز الكفارة فكذا هاهنا (وعن أبي حنيفة رضى الله عنه انه رجع عنه) أى عن تعيين الوفاء بنفس النذر الى القول بالتخيير بين كفارة اليمين وبين الوفاء بذلك (وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلى حجة أو صوم سنة أو صدقة ما أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد بن جرير) ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمي أيضاً (حتى لو كان معسراً كان مخيراً بين أن يصوم ثلاثة أيام وان يصوم شهراً وهذا مروي عن أبي حنيفة في النوادر ووجهه ما روى (٢٧) في السنن مسنداً الى عقبة بن عامر أن

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كفارة النذر كفارة اليمين قالوا (هذا اذا كان شرطاً لا يريد كونه) لان بين الحديثين كما ترى تعارضاً فحملنا الحديث الاول على النذر المرسل وعلى مقيد أراد الخالف كونه والثاني على مقيد لا يريد كونه جمعاً بين الاكثار والمعنى الفقهي في ذلك أن في الشرط الذي لا يريد كونه كلامه يشتمل على معنى النذر واليمين جميعاً أما معنى النذر فظاهر وأما معنى اليمين فلا نه قصده المنع عن إيجاب الشرط (فيتخير ويميل الى أى الجهتين شاء) والتخيير بين القليل والكثير في الجنس الواحد باعتبار مغنيين مختلفين جائز كالعبد اذا أذن له مولاه بالجمعة فانه مخير بين أداء الجمعة ركعتين وبين أداء الظهر أربعاً والنذر واليمين مغنيان مختلفان لان النذر

لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر سمي فعله الوفاء بما سمي (وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعله الوفاء بنفس النذر) لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالنجز عنده (وعن أبي حنيفة رجه الله انه رجع عنه) وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلى حجة أو صوم سنة أو صدقة ما أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد بن جرير (الله) ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمي أيضاً وهذا اذا كان شرطاً لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى أى الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطاً يريد كونه كقوله ان شق الله مريضى لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح

الالتزام بشئ التزام بما لا صحة له الا به ولا صحة للصلاة بلا قراءة ولا للركعة الواحدة لا بضم الثانية فكان ملتزماً بالقراءة والثانية واحتاج محمد الى الفرق بين التزام الصلاة بلا وضوء حيث أبطله والتزامها بلا قراءة حيث أجازها والفرق ان الصلاة بلا طهارة ليست عبادة أصلاً وبلا قراءة تكون عبادة كصلاة الامي وهذه المسائل وان كانت تقدمت متفرقة الا أن هذا المكان محلها بالاصالة فلم أراخلاء منها نصيحة لدين رب العالمين (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر سمي فعله الوفاء بما سمي) وهذا دليل لزوم الوفاء بالنذر وهو حديث غريب الا أنه مستغنى عنه في لزوم المنذور الكتاب والسنة والاجماع قال تعالى وليوفوا نذورهم وصرح المصنف في كتاب الصوم بأن المنذور واجب للآية وتقدم الاعتراض بأنها توجب الاقتراض للقطعية والجواب بأنها مؤولة اذ خص منها النذر بالمعصية وما ليس من جنسه واجب فلم تكن قطعية الدلالة ومن السنة كثير منها حديث في البخاري من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه روته عائشة رضى الله عنها والاجماع على وجوب الايفاء به وبه استدلل من قال من المتأخرين باقتراض الايفاء بالنذر فروع اذا نذر شهراً فامأ بعينه كرجب وجب التسابع لكن لو أظريوما لا يلزمه الاستقبال كرمضان لو أظرفيه بوما لا يلزمه الاقضاؤه كذا هذا وان بغير عينه كشهرا ن شاء تابعه وان شاء فترقه وان شرط التسابع لزماً ولو التزم بالنذر أكثر مما يملكه لم يملكه هو المختار قال الطحاوى اذا أضاف النذر الى سائر المعاصي كقوله على أن أقتل فلانا كان عينا ولزمه الكفارة بالحنث والله على أن أطمع المساكين يقع على عشرة عند أبي حنيفة لله على طعام مسكين لزمه نصف صاع حنطة استحساناً لله على أن أعتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه أن يعتقها فان لم يعتقها أتم ولا يجبره الفاضى قال ان برئت من مرضى فعلى شاة أذبحها أو ذبحت شاة لا يلزمه شئ ولو قال أذبحها أو أصدق بلحمها لزمه قال الله على أن أذبح جزوراً فأتصدق بلحمه فذبح مكانه سبع شبهه جاز (قوله وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعله الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث) الذي روياه من البخاري وغيره فانه أمر بذلك من غير تقييد

قربة مقصودة واجب لعينه واليمين قربة مقصودة واجب لغيره وهو صيانة حرمة اسم الله تعالى (بخلاف ما اذا كان شرطاً لا يريد كونه كقوله ان شق الله مريضى لانعدام معنى اليمين فيه) وهو المنع لان قصده اظهار الرغبة فيما جعله شرطاً قال المصنف (وهذا التفصيل) أى الذى ذكرنا بين شرط لا يريد كونه وبين شرط يريد (هو الصحيح) وفيه نظر لانه ان أراد حصر الصحة فيه من حيث الرواية فليس بصحيح لانه غير ظاهر الرواية وان أراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض فالدفع ممكن من حيث حمل أحدهما على المرسل والاخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه وما لا يريد على أن فيه إيماء الى القصور فى الذهاب الى ظاهر الرواية

(قوله وان أراد حصرها فيه الخ) أقول فيه انه يجوز أن يراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض من حيث المعنى الفقهي

قال (ومن حلف على عيين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنت عليه) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على عيين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه الا أنه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين والله تعالى أعلم بالصواب

بجز ولا معلق ولان المعلق بالشرط كالمحزر عنده فصار كأنه قال عند الشرط لله على كذا وعن أبي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه أي عن لزوم عين المذور اذا كان معلقا بالشرط أي انه مخير بين فعله بيمينه وكفارة عيين وهو قول محمد فاذا قال ان فعلت كذا فعلى حجة أو صوم سنة ان شاء حج أو صام سنة وان شاء كفر فان كان فقيرا صار مخيرا بين صوم سنة وصوم ثلاثة أيام والاول وهو لزوم الوفاء به عينا هو المذکور في ظاهر الرواية والتخير عن أبي حنيفة في النوادر وروى عن عبد العزيز بن خالد الترمذي قال خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفارات على أبي حنيفة فلما انتهيت الى هذه المسئلة قال قف فان من رأيي أن أرجع فلما رجعت من الحج اذا أبو حنيفة قد توفي فأخبرني الوائيد بن أبان أنه رجع قبل موته بسبعة أيام وقال يتخير وبهذا كان يفتي اسمعيل الزاهد وقال الولوالجي مشايخ بلج وبخاري يفتون بهذا وهو اختيار شمس الأئمة قال لكثرة البلاء في هذا الزمان وجه الظاهر للنصوص من الآية الكريمة والاحاديث ووجه رواية النوادر ما في صحيح مسلم من حديث عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم قال كفارة النذر كفارة اليمين فهذا يقتضي ان يسقط بالكفارة مطلقا فيتعارض فيحصل مطلق الا بقاء بيمينه على المنجز ومقتضى سقوطه بالكفارة على المعلق ولا يشك لان المعلق منتف في الحال فالنذر فيه معدوم فيصير كاليمين في أن سبب الايجاب وهو الحنت منتف حال التكلم فيلحق به بخلاف النذر المنجز لانه نذر ثابت في وقته فيعمل فيه حديث الا بقاء واختار المصنف والمحققون ان المراد بالشرط الذي تجزئ فيه الكفارة الشرط الذي لا يريد كونه مثل دخول الدار وكلام فلان فانه اذا لم يرد كونه يعلم انه لم يرد كون المذور حيث جعله مانعا من فعل ذلك الشرط لان تعليق النذر على ما لا يريد كونه بالضرورة يكون لمنع نفسه عنه فان الانسان لا يريد ايجاب العبادات دائما وان كانت مجلبة للثواب مخافة أن ينقل فيتعرض للعقاب ولهذا صرح عنه صلى الله عليه وسلم انه نهى عن النذر وقال انه لا يأت بخير الحديث وأما الشرط الذي يريد كونه مثل قوله ان شئني الله مريض أو قدم غائب أو مات عدوي فله على صوم شهر فوجد الشرط لا يجزئ به الا فعل عين المذور لانه اذا أراد كونه كان مريدا كون النذر فكان النذر في معنى المنجز فيندرج في حكمه وهو وجوب الا بقاء به فصار محملا ما يقتضي الا بقاء المنجز والمعلق المراد كونه ومحمل ما يقتضي اجزاء الكفارة المعلق الذي لا يرد كونه وهو المسمى عند طائفة من الفقهاء نذر اللجاج ومذهب أحد فيه كهذا التفصيل الذي اختاره المصنف واستدل ابن الجوزي في التحقيق للاكتفاء في خصوص هذا النذر بحديث مسلم مع انه مطلق وليس هذا الا لما قلنا وهذا التقرير بأولى مما قبل لان الشرط اذا لم يرد كونه كان في معنى اليمين فانما تمقد للمنع فأجزأ فيه الكفارة بخلاف الذي يريد كونه فانه ورد على هذا التقرير ان اليمين كما يكون للمنع يكون للحمل فلا يختص معناها بما لا يرد كونه فافرق على هذا تحكيم (قوله ومن حلف على عيين) أي على محالوف عليه (فقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنت عليه) وكذا اذا نذر وقال ان شاء الله متصلا لا يلزمه شيء قال محمد بلغنا ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وكذلك قال موسى عليه الصلاة والسلام ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعد بخلاف الوعدة وتقدم في الطلاق وهو قول أكثر أهل العلم وقال مالك يلزمه حكم اليمين والنذر لان الاشياء كلها بمشيئة الله تعالى فلا يتغير بذكر حكم والجمهور قوله صلى الله عليه وسلم من حلف على عيين وقال ان شاء الله فلا حنت عليه رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وقال الترمذي حديث حسن ولانه تعليق للمحالوف عليه بمشيئة الله تعالى أعني اذا قال والله لا أخرج اليوم

(ومن حلف على عيين) أي على مقسم عليه من فعل أو ترك (وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنت عليه) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على عيين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه (رواه ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وقوله عليه السلام) (فقد بر في يمينه معناه لا يحنث أبدا) لعدم انعقاد اليمين (وقوله الا أنه لا بد من الاتصال) استثناء من قوله فلا حنت عليه (لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين) فان قلت هذا تعديل في مقابلة النص فان الحديث باطلا لانه لا يفصل بين المنفصل والمتصل قلت الدلائل الدالة من النصوص وغيرها على لزوم العقود هي التي توجب الاتصال فان جواز الاستثناء منفصلا يفضي الى اخراج العقود كلها من البيوع والاتكحة وغيرهما من أن تكون ملزمة وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى وهذا التعليل يوافق تلك الأدلة فيحمل حديث الاستثناء على الاتصال توفيقا بين الأدلة وقد روى عن ابن عباس جواز الاستثناء منفصلا وفيه ما ذكرناه والله أعلم

باب اليمين في الدخول والسكنى

لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء أو تركه لم يكن بدم من ذكر أنواع الأفعال الواردة في اليمين فذكرها في أبواب وقدم الدخول والسكنى على غيره مما من الأكل والشرب ونحوه. لأن أول ما يحتاج إليه الإنسان الذي يتحقق منه اليمين بعد وجوده مسكن يدخل فيه ويسكنه ثم يتوارد عليه سائر الأفعال من الأكل والشرب وغيره واليه وقعت الإشارة في قوله تعالى يا أيها الناس اعبدوا ربكم الذي خلقكم والدين من قبلكم لعلكم تتقون الذي جعل لكم الأرض فراشا والسماء بناء الآية (٢٩) والدخول عبارة عن الانتقال من الظاهر

إلى الباطن والسكنى عبارة

عن السكون في مكان على

سبيل الاستقرار مبيتا

لأهله (قوله ومن حلف

لا يدخل بيتا) ظاهر البيعة

متعبدا نصارى والكنيسة

للإهود (قوله لأن البيت

ما أعد للبيوت وهذه البقاع

ما أعدت لها) اعترض

عليه بأن الله سمي الكعبة

بيتا قال الله تعالى إن أول

بيت وضع للناس الآية

وسمي المساجد بيوتا بقوله

تعالى في بيوت أذن الله

الآية وأوجب بأن الإيمان

مبناها على العرف لأعلى

الفاظ القرآن الأثرى أن

الله تعالى سمي بيت العنكبوت

بيتا ومطلق اسم البيت في

اليمين لا يقتضيه واستشكل

بما قاله في الفوائد الظهيرية

إذا حلف لا يهدم بيتا فهدم

بيت العنكبوت حيث

وسيجىء الجواب إن شاء الله

(وكذا إذا دخل دهليزا أو

ظلة باب الدار) قال في المغرب

ظلة الباب هي السدة التي

فوق الباب وقول المصنف

(والظلة تكون على السكة)

أراد بها السباط الذي يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء وإنما يحنث لأنه لا ينطلق عليه اسم البيت لعدم البيوتة فيه وكذلك إذا كان فوقه بناء إلا أن مقتضى الطريق لا يحنث إذا كان عقد عينه على بيت شخص بعينه لأنه ليس من جملة بيته (قوله وقبل إذا كان الدهليز) ظاهر

باب اليمين في الدخول والسكنى

(قوله لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء أو تركه لم يكن بدم من ذكر أنواع الأفعال الخ) أقول ويعلم منه التروك (قوله مبيتا لأهله) أقول احتراز عن السكون في السوق على سبيل الاستقرار فإنه لا يعد سكنى إلا أن ما ذكره لا يشمل سكنى غير المأهل فليتامل (قوله وسيجىء الجواب الخ)

باب اليمين في الدخول والسكنى

(ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة أو الكنيسة لم يحنث) لأن البيت ما أعد للبيوتة وهذه البقاع ما بنيت لها (وكذا إذا دخل دهليزا أو ظلة باب الدار) لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقبل إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب بقي داخلًا وهو مسقف يحنث لأنه يبات فيه عادة إن شاء الله فقد علق خروجه بعيشة الله تعالى فإذا خرج لا يحنث فإن المعنى إن شاء الله عدم الخروج لأخرج فإذا خرج نسين أنه تعالى لم يشأ عدم الخروج وهذا ينتمض على ما لا رجة الله في اليمين بالله تعالى أما في الطلاق فالكلام معه بحسب المعنى عسرفانه إذا قال أنت طالق إن شاء الله فالظاهر أن المعلق بالمسببة هو أنت طالق ولا معنى له لأنه قد شاء الله قوله وقوله أنت طالق هو الموجب للقطع بشرطه فلا يمكن إعدامه فلو جعل مصر وفا إلى الوقوع على معنى أنت طالق إن شاء الله وقوع طلاقك فخلاف اللفظ ثم لا يجدي لأنه قد شاء الله وقوع طلاقها إذا قد شاء تلفظه بأنت طالق غير معلق بشرط لما ذكرنا أن المعلق بالمسببة إن كان لفظ أنت طالق فقد شاء حيث وجد في وجود حكمه أو نفس الوقوع فقد شاء حيث شاء علته وهو تلفظه وما في الطلاق تقديم تضعيفه وهذا ما وعدناه في الطلاق ثم شرط عمل الاستثناء في الإبطال الاتصال فلا ينقطع بتنفس أو سعال ونحوه لا بضر

باب اليمين في الدخول والسكنى

أراد بيان الأفعال التي يحلف عليها فاعلها لا يفد أبفعل السكنى لأن أول الأفعال التي يحتاج إليها الإنسان أن يحل مكانا ثم يفعل ما يحتاج إليه من اللبس والاكل وغيره وكل من الأكل والشرب وإن كان من الضروريات لكن حاجة الحلول في مكان أزم للجسم من أكله ولبسه (قوله ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد أو الكنيسة) وهي متعبدا لليهود والبيعة وهي متعبدا للنصارى لم يحنث لأن الأصل أن الإيمان مبنية على العرف عندنا لا على الحقيقة اللغوية كما نسل عن الشافعي رحمه الله ولا على الاستعمال القرآني كما عن مالك رحمه الله ولا على النية مطلقا كما عن أحمد رحمه الله لأن المتكلم إنما يتكلم بالكلام العرفي أعني الالفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت لها في العرف كما أن العرفي حال كونه بين أهل اللغة إنما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف الفاظ المتكلم إلى ما عهدته المراد بها ثم من المشايخ من جرى على هذا الإطلاق فحكم في الفرع الذي ذكره صاحب الذخيرة والمرغباني وهو ما إذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت أنه يحنث بأنه خطأ ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف بما إذا لم يمكن العمل بحقيقته ولا يحنث أن هذا يصير الاعتبار الحقيقة اللغوية إلا ما من الالفاظ ليس له وضع لغوي بل أحده أهل العرف وإن ماله وضع لغوي ووضع عرفي يعتبر معناه اللغوي وإن

(قوله وان دخل صفة حنت) لانها بنى البيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشئوى والصينى (الذى بنى البيتوتة فيه شتاء وصيفا)
 وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة وهكذا كانت صفافهم (أى صفاف أهل الكوفة ذ كر عن أبي (٣٠)

(وان دخل صفة حنت) لانها بنى البيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشئوى والصينى وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب مجرى على اطلاقه وهو الصحيح (ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنت ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنت) لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت أشعار العرب بذلك

تكلم به متكلم من أهل العرف وهذا يهدم قاعدة حمل الايمان على العرف فانه لم يصير المعبر الا باللغة الاما تعذر وهذا بعيد اذ لا شك ان المتكلم لا يتكلم الا بالعرف الذى به الخطاب سواء كان عرف اللغة ان كان من أهل اللغة أو غيرها ان كان من غيرها نعم ما وقع استعماله مشتركين أهل اللغة وأهل العرف تعتبر اللغة على أنها العرف فاما الفرع المذكور فالوجه فيه انه ان كان قواه في عموم بيتا حنت وان لم يخطر له وجب أن لا يحنت لانصراف الكلام الى المتعارف عند اطلاق لفظ بيت وظهر أن مرادنا بانصراف الكلام الى العرف انه اذا لم يكن له نية كان موجب الكلام ما يكون معنى عرفيا له وان كان له نية شئ واللفظ يحتمله انعم قد البين باعتباره اذا عرفنا هذا فالكعبة وان أطلق عليها بيت في قوله تعالى ان أول بيت وضع للناس للذي ببكة وكذلك المسجد في قوله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع وكذلك البيت العتيقوت وبيت الحمام ولكن اذا أطلق البيت في العرف فانما يراد به ما يبان فيه عادة فدخل الدهليزا اذا كان كبيرا بحيث يبان فيه لان مثله يعتاد بيتوته للضيوف في بعض القرى وفي المدن بيت فيه بهض الاتباع في بعض الاوقات فيحنت والحاصل أن كل موضع اذا أغلق الباب صار داخلا لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة يصلح للبيت مسقف يحنت بدخوله وعلى هذا يحنت بالصفة سواء كان لها أربع حوائط كما هي صفاف الكوفة أو ثلاثة على ما صححه المصنف بعد أن يكون مسقفا كما هي صفاف ديارنا لانه يبان فيه غاية الامر أن مفتحه واسع وكذا الظل اذا كان معناها ما هو داخل الباب مسقفا بخلاف ما اذا كان ساباطا وهو ما على ظاهر الباب في الشارع من سقف له جذوع أطرافها على جدار الباب وأطرافها الأخرى على جدار الجار المقابل له وسيأتى أن السقف ليس شرطاني مسمى البيت فيحنت وان لم يكن الدهليز مسقفا (قوله ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنت ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنت لان اسم الدار للعرصة عند العرب والعجم فيقال دار عامرة ودار غير عامرة في العجم والعرب وقد شهدت أشعار العرب بذلك) قال نابغة ذبيان واسمه زياد بن معاوية

يادارمية بالعلياء فالسند * أقوت وطال عليها سالف الأبد
 وقفت فيها أصيلا نأساثلها * عيت جوابا وما بالربع من أحد
 الا لا وارى لأياما أينها * والنوى كالحوض بالظلمة الجلد

اذا كانت الدار بالعلياء فالسند وهو ارتفاع الجبل بحيث يسند اليه أى يصعد لم يضرها السيل وأقوت أقفرت وطال عليها سالف الأبد بالباء السالف الماضى والابد الدهر أى طال عليها ماضى الزمان وهذا كتابة عن خرابها واصيلا نأساثلها جمع أصيل أصلان كبعير وبعران وهو عشية النهار وقد تبدل نونه لاما فيقال أصيلا وانما صغره للدلالة على قصر الوقت الذى وقف فيه للساعة وهذا السؤال توجع وتحسر وعيت جوابا بعزت يقال في تعب البدن إعياء والفعل أعيى وفى كلال اللسان عي وروى فاضل قادم الى

حازم القاضى ان هذه أشكت على حتى دخلت الكوفة فرأيت صفافهم مبنية فعلت أن الايمان وضعها على تعارفهم (وقيل الجواب مجرى على اطلاقه) يعنى سواء كانت ذات حوائط أربعة أو ثلاثة (وهو الصحيح) دون الحمل على عرفهم لان البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد بنى البيتوتة وهذا المعنى موجود في الصفة الا أن مدخلها أوسع فيتنوا واهل اسم البيت فيحنت (ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنت ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنت لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت أشعار العرب بذلك) فنها ما قال لبيد

عفت الديار محلها فقامها
 عني تأبد غولها فراجها
 عفايعفوم تعد ولازم وهما
 لازم وتأبد المنزل أى اقفر
 فألقته الوحوش والغول
 والرجام موضعان يقول
 عفت ديار الاحباب ما كان
 منها للعلول وما كان منها

المدينة

وهذا ظاهر

للاقامة وهذه الديار كانت عني وقد توحشت الديار الغولية والرجامية وقال قائلهم

الدار داروان زالت حوائطها * والبيت ليس بيت بعد تهديم

وقوله (والبناوصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر) لما ذكر في الأصول أن المحلوف عليه لا بد وأن يكون معلوماً إذا كان مشاراً إليها كان المحلوف عليه معلوماً فلا حاجة إلى معرفته بخلاف المنكر فإنه لا يعرف له سوى الوصف فيكون معتبراً واغترض بوجهين أحدهما أن الصفة لو كانت معتبرة في المنكر لما وقع المشتراة للوكل إذا وكل رجلاً بشراء دار فاشتري داراً خربة لأنها غير موصوفة وهذا نقض إجمالي والثاني أن البناء لا يخلو ما أن يكون داخل في المسمى أو لم يكن فإن كان داخلًا وجب أن لا يختلف الحال بالغيبة والحضور في الدخول كالعرصة فإن لم يكن داخلًا وجب أن لا يختلف الحال أيضاً في عدم الدخول كما إذا حلف لا يكلم رجلاً لا يتقيد عينه برجل قاعد عالم إلى غير ذلك من الصفات الخارجة عنه وهذه معارضة وأجيب عن الأول بأن الدار في الوكالة تعرفت بوجهه لأن التوكيل بشراؤها انما يصح عند بيان الثمن والمحلولة وليست في البين كذلك فلا يلزم من صحة انعقاد الوكالة صحة انعقاد البين بلا صفة وعن الثاني بأن البناء صفة متعينة للدار بخلاف أن يكون مراد بحكم العرف لتعينه وفي الرجال التراجع في الصفات ثابت من العلم والعقل والقدرة والصناعة والحسن والجمال وهذه الصفات بأسرها تمنع إرادتها إعادة وليس البعض أولى من البعض في الإرادة فتمتنع الإرادة أصلاً كذا في النهاية محالاً على الفوائد الظهيرة ورد بأن البناء ضد الخراب فكان الدار محل تواردهما فكيف صار البناء صفة متعينة فهو في حيز النزاع وأقول في جواب المعارضة المذكورة من التقسيم غير حاصر لجواز أن يكون داخل في المنكر لا احتياجه إلى التعريف غير داخل في المعرف لاستغنائه عنه

أقول في باب البين في الأكل والشرب (قوله واغترض بوجهين أحدهما أن الصفة لو كانت معتبرة الخ) أقول أنت خير بانه بعد تخصيص الكلام بالمحلوف عليه لا يرد الاعتراض الأول ثم أقول قال في الكافي فإن قيل ما ذكرت (٣١) أن الصفة في المعين غير معتبرة لا يصح

فانه لو حلف أن لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد أن صار تمراً لا يحنث ولو كانت الصفة ملغاة يحنث قلنا الصفة في المعين لغو إلا إذا كانت داعية إلى البين كما في مسألة الرطب فربما يضره أكل الرطب دون التمر وصفة كون الدار مبنية

والبناوصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر

المدينة ما شيا فقال له مولانا عي أم أعيا فقال بل أعيت فوضع أعيت جواباً في البيت المذكور مكان عيت بخلاف المعروف والأواري جمع آري وهي محابس الخيل ومرباطها واللائي البطء أي تبني لها ببطء فاستلزم تعبان فسر اللائي بالشدة فهو باللازم فإن البطء في التبين لا يكون إلا تعب فيه والنوى حاجر من تراب يجعل حول الخباء لمنع السيل من دخوله وما وقع في بعض المواضع أنه حفيرة غلط وما عسى أن يبلغ عمق الحفيرة حتى تمنع السيل فانها لو كانت بئراً امتلأت في لحظة وفاضت وانما هو ما ذكرنا ولذا قال في البيت بعده

ردت عليه أقاصيه وليدة * ضرب الوليدة بالمسحاة في التاد

لا تدعو إلى ترك الدخول فتعلق البين بالأصل دون الوصف كما لو حلف أن لا يكلم هذا الصبي لم يتقيد بزمان صباه لأن الصبا لا يدعو إلى البين لأنه داع إلى المبرة والمرحمة والتلطف قولاً وفعلاً قال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفي ترك التكلم ترك الترحم فتعلق البين بالذات دون الصفة كانه قال لا أكلم هذا وبخلاف ما إذا حلف أن لا يأكل لحم هذا الحمل لأن صفة الصغر هنا لا تدعو إلى البين لأن الممنوع منه أكثر امتناعاً من لحم الكلب وبخلاف ما إذا حلف أن لا يكلم صديقكم شيخاً فإنه لا يحنث لأن الصفة في النكرة معتبرة اهـ فإن قيل إيش يعني من كون الصفة داعية إن أردت صلاحها للدعوة فالبناء في الدار كذلك إما الوهاء في البناء أو ضيق أو معنى يبعثه إلى ترك الدخول وإن أردت حقيقة الدعوة فالرطب ليس كذلك لأنه كما يضره فربما لا يضره أيضاً ولذا ذكره بكلمة ربما في الكتاب فينبغي أن يحنث قلنا أصل البناء الدخول والعوارض المذكورة لا تعارض الأصل بخلاف الرطب هكذا قيل وعليك بالتأمل (قوله وأجيب عن الأول الخ) أقول جواب يمنع جريان الدليل إذا المراد بالمنكر في الدليل هو المنكر من كل وجه (قوله وعن الثاني بأن البناء صفة الخ) أقول جواب باختبار الشق الثاني ومنع وجوب عدم اختلاف الحال في عدم الدخول مستنداً لجواز إرادته بحكم العرف لتعينه في غالب الاستعمال (قوله ورد بأن البناء ضد الخراب الخ) أقول كلام على السند الآخر مع أن البناء أصل في الدار قال في الكافي اسم الدار لا يقع على العرصة قبل البناء لكن إذا بنيت تسمى داراً وإن انتهت انتهى فالبناء صفة متعينة بأصله والخراب لا يراجع فلي تأمل وفي الكافي أيضاً الدار اسم لعرصة أدير عليها الشيطان ولا يزول ذلك برفع البناء انتهى وفي هامشه فاما العرصة قبل البناء لا تسمى داراً لا ترى أن المقاور والمزارع لا تسمى داراً (قوله وأقول في جواب المعارضة المذكورة من التقسيم غير حاصر لجواز أن يكون داخل في المنكر لا احتياجه إلى التعريف غير داخل في المعرف الخ) أقول لا يحنث عليك أن تدخل معنى في المنكر مع خروج المعرف غير معهود بل المعهود هو عكسه

(ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها بحث) لماذا كرنا أن الاسم باق بعد الانهدام (وان جعلت مسجدا أو جاما أو بستانا أو بيتا فدخله لم يحنث) لأنه لم يبق دارا لا اعتراض اسم آخر عليه وكذا إذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه لأنه لا يعود اسم الدارية

يعني ردت الوليدة وهي الامة الشابة ما تباعد من تراب النوى بسبب تدممه عليه بضرب المسحاة في الثأد وهي الارض الندية قال الاعلم وهو مصدر ووصف به وأراد بالملطومة الارض التي لم تغطر والجلد الصلبة فيكون النوى والوتد أشد ثباتا فيها وقال امرؤ القيس

يادار ماوية بالحائبل * فالسهب فالخبتين من عاقل

صم صداها وعفار سمها * واستججت عن منطق السائل

يريد أنهم مقفرة لأنيس بهم فيسمع صوته ولا أحد ينسلكم فيجيبه الصدى وهو الذي يسمى بانه الجبل وقال امرؤ القيس

لمن طلل أبصرته فشجاني * كخط زبور في عسيب عياني

ديار لهند والرباب وفرتني * ليالينا بالنعف من بدلاني

يريد أنهم درست وخفيت الآثار كخفاء خط الكتاب ودقته اذا كان في عسيب عيان وكان أهل اليمن يكتبون عهدهم في عسيب النخلة فهذه الاشعار وما لا يحصى كثرة تشهد بان اسم الدار للعرصة ليس غير لان هؤلاء المتكلمين بهذه الاشعار لا يريدون بالاسم الا العرصة فقط فان هذه الديار التي ذكروها لم يكن فيها بناء أصلا بل هي عرصات منازل انما يضعون فيها الاخبية لا ابنية الحجر والمدر فصيح ان البناء وصف فيها غير لازم وانما اللازم فيها كونها قد نزلت غير انها في عرف أهل المدن لا يقال الا بعد البناء فيها ولو انهم لم بعد ذلك بعضها قبل دار خراب فيكون هذا الوصف جزءا لمفهوم لها فاما اذا حثت الابنية بالكلية وعادت ساحة فالظاهر ان اطلاق اسم الدار في العرف عليها كهدم دار فلان مجاز باعتبار ما كان فالحقيقة أن يقال كانت دارا واذا عرف ذلك فاذا حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة بأن صارت لابنائهم لا يحنث وهذا هو المراد فانه قال في مقابله فيما اذا حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما صارت هجرا حنث وانما تقع المقابلة بين المعين والمنكر في الحكم اذا توارد حكمهما على محل فاما اذا دخل بعد ما زالت بعض محيطاتها فهذه دار خربة فينبغي أن يحنث في المنكر الا أن يكون له نية وانما وقعت هذه المفارقة لان البناء وان كان وصفا فيها يعني معتبرا فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو لان ذاته تتعرف بالاشارة فوق ما تتعرف بالوصف وفي الغائب معتبر لانه المعروف له (قوله ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت دارا أخرى فدخلها حنث لماذا كرنا أن الاسم باق بعد الانهدام ولو بنيت مسجدا أو جاما أو بستانا أو بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبقى دارا) وكذا اذا غلب عليها الماء أو جعلت نهر فدخله لا اعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد ما انهدم المبنى ثانيا من الحمام وما معه لأنه لا يعود اسم الدارية ببناء مشددة وكذا اذا بنى دارا بعد ما انهدم ما بنى ثانيا من الحمام ونحوه لانها غير تلك الدار التي منع نفسه من الدخول فيها ويرد على هذا التفصيل ان البناء ان كان جزءا لمفهوم الدار عرفا فعدم الحنث اذا زال في المنكر حق لكن ثبوت الحنث في المشار اليها به - بما صارت هجرا - مشكل لان كون الاشارة تعين الذات انما يقتضي تعين هذا البناء مع الساحة محلها عليه وقد اتفق ويقتضي أيضا انه لو دخلها بعد ما انهدمت وبنيت دارا أخرى لا يحنث لان هذا البناء الثاني ليس عين ذلك والحكم عندهم خلافه فان قبل الحلف اذا وقع على معين وقع على كل جزء فيحنث بوجود الجزء الواحد قلنا: نوع بل على المجموع كما لو حلف لا يكلم زيدا وعمرا أو أهل الكوفة لا يحنث بكلام أحدهم وان لم يكن جزأ بل المعتبر بكون العرصة بنيت أشكل عليه عدم الحنث في المنكر فيما اذا دخلها بعد ما انهدمت وصارت هجرا ولو حلف بتمام المسمى

(ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها حنث لماذا كرنا أن الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا أو جاما أو بستانا أو بيتا فدخله لم يحنث) لا اعتراض اسم آخر عليه ومن ضرورة حدوث هذا الاسم زوال ذلك الاسم والمعين قد انعقدت بما يسمى دارا ولم يبق وقوله (وكذا اذا دخل بعد انهدام الحمام) ظاهر

قال (وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحرًا لم يحث لزوال اسم البيت فانه لا ييات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف حث لبقاء الاسم) قال الله تعالى فتلك بيوتهم خاوية في بيوت مهندمة السقوف (٣٣) (ولانه ييات فيه فكان السقف

وصفا فيه وكذا اذ اني
بيننا آخر فدخله لان الاسم
لم يبق بعد الانهدام) وانه
صار بيتا بسبب حادث
واختلاف السبب بوجب
اختلاف العين فلا يكون
داخلا في البيت المحلوف
عليه فلا يحث كذا
في الشروح (ومن حلف
لا يدخل هذه الدار فوقف
على سطحها) بالصعود
اليه من خارج (حث لان
السطح من الدار) لان الدار
عبارة عما أحاط به الدائرة
وهو حاصل في علوها
وسفلها (ألا ترى أن
المعتكف لا يفسد اعتكافه
بالخروج الى سطح المسجد
ولا يجوز للجنب والحائض
الوقوف عليه ولا يظن أن
السقف من البناء فيتمهم
التناقض بين كلاميه لانه
قال من قبل والبناء وصف
فيها وقبل اذا وقف على
السطح لا يحث في عرفنا
قال الفقيه أبو الليث في
النوازل ان كان الحالف
من بلاد العجم لا يحث مالم
يدخل الدار لان الناس
لا يعرفون ذلك دخولا في
الدار (وكذا اذا دخل
دهليزها يحث) ذكره
القنوري مطلقا قال المصنف
(ويجب أن يكون على
التفصيل الذي تقدم) يعني

(وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحرًا لم يحث) لزوال اسم البيت لانه لا ييات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحث لانه ييات فيه والسقف وصف فيه (وكذا اذ اني بيننا آخر فدخله لم يحث) لان الاسم لم يبق بعد الانهدام قال (ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حث) لان السطح من الدار ألا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحث وهو اختيار الفقيه أبي الليث قال (وكذا اذا دخل دهليزها) ويجب أن يكون على التفصيل الذي تقدم (وان وقف في طاق الباب بحيث اذا أغلق الباب كان خارجا لم يحث) لان الباب لا حراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار

(قوله) واذا حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحرًا لم يحث) لان اسم البيت قد زال بالانهدام لزوال مسماه وهو البناء الذي ييات فيه بخلاف الدار لانها تسمى دارا ولا بناء فيها فلو بقيت الحيطان وزال السقف حث لانه ييات فيه والسقف وصف فيه وهذا يفيد أن ذكر السقف في الدهليز من قوله وهو مسقف لا حاجة اليه لانه معناه الليتونة كما قدمنا والبيت لا يلزم في مفهومه السقف ففقد لا يكون مسقفا وهو البيت الشنوي وغير مسقف وهو الصيني (وكذا اذ اني بيننا آخر فدخله لا يحث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام) وهذا المبني غير البيت الذي منع نفسه دخوله ولو حلف لا يدخل بيتا فدخل بيت شعرا أو فسطاطا ان كان من أهل البادية حث والا لا يحث (قوله) ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها) من غير دخول من الباب بان طفر من سطح الى سطحها (حث لان السطح من الدار ألا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد) فلو عد السطح خارجا فسد وقد يقال المبني مختلف فان الايمان مبنية على العرف فجاز كون بعض ما دوفى حكم المسجد خارجا في العرف ألا ترى ان فناء المسجد له حكم المسجد في بعض الاشياء حتى جاز اقتداء من فيه بمن في المسجد ولا شك أنه خارج فالأقرب ما قيل الدار عبارة عما أحاط به الدائرة وهذا حاصل في علو الدار وسفلها وهذا يتم اذا كان السطح محض فلو لم يكن له حضير فليس هو الا في هوا الدار فلا يحث من حيث اللغة الا أن يكون عرف أنه يقال انه داخل الدار والحق أن السطح لا شك انه من الدار لانه من أجزائها حسا لكن لا يلزم من القيام عليه أن يقال في العرف دخول الدار بل لا يتعلق لفظ دخل الا بجوف الدار حتى صح أن يقال لم يدخل الدار ولكن صعد السطح من خارج بجبل وهذا في عرف من ليس من أهل اللسان فطابق عرف العجم ولو جمع بين قول المتقدمين والمتأخرين بأن يحصل جواب المتقدمين بالحث على ما اذا كان للسطح حضير وجواب المتأخرين المعبر عنهم بقوله وقيل في عرفنا يعني عرف العجم على ما اذا لم يكن له حضير انجبه وهذا اعتقادي (قوله) وقيل في عرفنا لا يحث (أي بالوقوف على السطح) وكذا لا يحث بالصعود على شجرة داخلها لانه لا يسمى داخل الدار مالم يدخل جوفها وكذا اذا قام على حائط منها (قوله) وكذا اذا دخل دهليزها) يعني يحث ويجب فيه التفصيل المتقدم وهو أن يكون له حوائط وهو مسقف وأنت علمت أن السقف ليس لازما في مسمى البيت بل في مسمى البيت الشنوي (قوله) وان وقف في طاق الباب وهو بحيث اذا أغلق الباب كان خارجا عن الباب لم يحث لان الباب لا حراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب في الدار) ولو أدخل رأسه أو إحدى رجليه أو حلف لا يخرج فأخرج احدهما أو رأسه لم يحث وبه قال الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله وقد كان صلى الله عليه وسلم يناول عائشة رأسه لتصلحه وهو معتكف في المسجد وهو في بيته لان قيامه بالرجلين فلا يكون

(٥ - فتح القدير رابع) به قوله واذا أغلق الباب بقي داخلا وهو مسقف قوله (وان وقف في طاق الباب) ظاهر

(قوله وهو مسقف) أقول أنت خير بأنه لا يشترط أن يكون مسقفا هنا صرح بذلك العلامة الزبلي لان اسم الدار يتناول بهونه وبدون البناء بخلاف البيت فكان ينبغي أن لا يذكره الشارح

قال (ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل) استحسانا والقياس أن يحنث لأن الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان أن الدخول لا دوام له لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل

بأحدهما إذا خلا ولا خارجا وفي هذا خلاف فإنه ذكر في الخلاصة لو قال لا أمر أنه ان خرجت إلا بآذني فأنت طالق فقامت على أسكفة الباب وبعض قدمها بحال لو أغلق الباب كان ذلك المقدار دخلا وبعضه الباقي خارجا إن كان اعتمادها على النصف الخارج حنث وإن كان على النصف الداخل أو عليهما لا يحنث قال وفي المحيط لو أدخل أحد رجله لا يحنث وبه أخذ الشيخان الإمامان شمس الأئمة الحلواني والسرخسي هذا إذا كان يدخل قائما فإذا كان يدخل مستلقيا على ظهره أو بطنه أو جنبه فقد خرج حتى صار بعضه داخل الدار إن كان لا كثر داخل الدار يصير دخلا وإن كان ساقا خارجا ولو تناول بيده شيئا من داخل لا يحنث (فروع) حلف لا يدخل هذه الدار فأدخل مكرها أي محمولا لا يحنث فإن أدخل وهو بحال لا يقدّر على المتع لكن رضي بقلبه اختلفوا والأصح لا يحنث فلو خرج بعد دخوله مكرها أي محمولا ثم دخل هل يحنث اختلفوا قال السيد أبو شجاع لا يحنث وهكذا في شرح الطحاوي وقال القاضي الإمام الأصح أنه يحنث وسيأتي له تمة ولو اشتد في المشي فوقع في الباب يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل بيتا منها قد أشرع إلى السكة حنث إذا كان أحد بابيه في السكة والاخر في الدار وكذا لو دخل في علوها على الطريق وله باب في الدار وكذا الكنيف إذا كان بابها في الدار ولو حلف لا يدخل بلح أو مدينة كذا فعل العمران بخلاف كورة بخاري أو رستاق كذا إذا دخل أرضها حنث والفتوى في زمانين كورة بخاري على العمران وعلى هذا القياس إذا حلف لا يدخل كورة مصر وهو بالشام فبدخول العريش يحنث وعلى الحمل على العمران لا يحنث حتى يدخلها ولو حلف لا يدخل بغداد فربها في سفينة بدخله عند محمد يحنث وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى ولو حلف لا يدخل الفرات فدخلت سفينته في الفرات أو دخل جسر لا يحنث ولو قال إن وضعت قدمي في دار فلان فكذا فوضع أحد رجله فيه لا يحنث على جواب ظاهر الرواية لأن وضع القدم هنا مجاز عن الدخول ولا يحنث في الحلف لا يدخل بوضع أحد رجله ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فهدم ثم بنى مسجدا فدخله يحنث كالدار ولو حلف لا يدخل سكة فلان فدخل مسجدا فيها ولم يدخلها لا يحنث في المختار قال في مجموع النوازل هذا إذا لم يكن للمسجد باب في السكة وكذا إذا دخل بيتا في طريق السكة إن كان له باب فيها حنث وإن كان ظهره فيها وبابه في سكة أخرى لا يحنث وهذا هو الصحيح ولو كان له بابان باب فيها وباب في غيرها حنث ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير بابها لا يحنث ولو كان لها باب حين حلف فجعل لها باب آخر فدخل منه حنث لأن الحلف على باب منسوب إليها فيستوى القديم والحادث إلا أن عين ذلك الباب في حلقه ولو فوّاه ولم يمينه في حلقه لا يدين في القضاء ولو حلف لا يدخل دارا فدخل قنائه حتى صار تحتها إن كان لها مفتح في الدار ينتفع به بان يستقوا منه حنث إذا وصل هناك وإن كان لا ينتفعون به إنما هو لاضاعة القناة لا يحنث ولو حلف لا يدخل هذا القسطاط فقص وضرب في مكان آخر فدخله حنث (قوله ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث) بالملك فيها أي ما هو المراد بالقعود المذكور في الكتاب حتى يدخل بعد خروجه منها استحسانا والقياس أن يحنث بالملك وإن قصر لأن الدوام له حكم ابتداء الدخول حتى صحت إرادته به أعني لو حلف لا يدخل هذه الدار ونوى به الملك والقرار فيها صح حتى لو دخل ابتداء لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى (وجه الاستحسان أن الدخول) حقيقة لغة وعرفا في الانفصال من الخارج إلى الداخل ولا دوام لذلك فليس الدوام مفهومه ولا جزء مفهومه وكونه مما يصح أن يراد باللفظ مجازا لأنه لازم للدخول عادة وإن قل إذا كان الدخول يراد

وقوله (وجه الاستحسان) تقريره القول بالموجب يعني سلنا أن للدوام حكم الابتداء لكن فيما له دوام والدخول لا دوام له لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل وليس له دوام وإطلاق الانتقال يدل الانفصال أولى لكونه حركة أبدية تسمى نقلة

(قوله والدخول لا دوام له إلى قوله وإطلاق الانتقال يدل الانفصال أولى الخ) أقول بل ماذا كره المصنف أولى حيث يخرج عنه ما إذا وضع أحد رجله في الداخل والأخرى في الخارج بخلاف ما قاله فليتنامل

وقوله (ولو حلف لا يلبس هذا الثوب) طاهر وقول زفر قياس وقولهم استحسان وحاصل كلامه أن الأفعال على ضربين ضرب يقبل الامتداد وضرب لا يقبله والفاصل بينهما قبول التأنيث وعدمه فاقبل التأنيث قبل (٣٥) الامتداد وما لا فلا والاستدانة على

الامتداد عنزلة الانشاء قال الله

تعالى فلا تقعد بعد الذكري

مع القوم الظالمين أي فلا

تمكث قاعدا لأنه صلى الله

عليه وسلم كان يعظ الناس

قاعدا وعلى هذا قالوا إذا

قال لها كلما ركبت فانت

طالق فكنت ساعة يمكنها

النزول فيها طلقت وان

مكنت مثلها طلقت أخرى

لأن الدوام حكم الابتداء

وكلمة كلما تسم الأفعال

فيتكرر الجزاء بتكرر

الشرط ونقض بما لو قال

كلما ركبت دابة فعلي أن

أصدق بدرهم فركب دابة

فعليه درهم وان طال مكثه

في الركوب ولو كان ما ذكرتم

صحيحا للزمه أكثر من ذلك

وأجيب بأن الاستدانة فيما

يمتد عنزلة الانشاء إذا لم يكن

الانشاء الخالص مرادا

ولهذا قلنا في هذا الفصل

إذا كان راكبا وقت اليمين

لزمه في كل وقت يمكنه النزول

والركوب درهم ليكون الانشاء

الخالص غير مراد وانما قال

بمعنى المدة والتوقيت احترازا

عما يقال في مجاري كلامهم

دخلت يوما وخرجت يوما

ولكن لا بمعنى المدة والتوقيت

وقوله (ولو نوى الابتداء

الخالص بصدق لانه محتمل

كلامه) سواء محتملا وان

(ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لا يلبسه فترعه في الحال لم يحنت) وكذا إذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنت وكذا لو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته وقال زفر يحنت لوجود الشرط وان قل ولنا أن اليمين تعقد بالبريستثنى منه زمان تحقيقه (فان لبث على حاله ساعة حنت) لأن هذه الأفعال لها دوام بحدوث أمثالها ألا يرى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص بصدق لانه محتمل كلامه

للمكث لا يقتضي الحنت به لأن اليمين لا تنعقد على المعنى المجازي لأنظ بل الحقيقي وكذا لو كان حلف ليدخلها غدا وهو فيها فكنت حتى مضى الغد حنت لانه لم يدخلها فيه اذ لم يخرج ولو نوى بالدخول الإقامة فيه لم يحنت وعلى هذا قد يقال ليس هنا قياس في مقابلة الاستحسان فان القياس الكائن في مقابله هو ما يتبادر ويتسارع الى الذهن ولا يتسارع لاحد من لفظ أدخل معنى استمر مقبلة يقتضي العجب من زفر بقوله بالحنت وهذه المسئلة عليها الأئمة الأربعة لا في وجهه عند الشافعية كقول زفر وتطير المسئلة حلف لا يخرج وهو خارج لا يحنت حتى يدخل ثم يخرج وكذا لا يتزوج وهو متزوج ولا يتطهر وهو متطهر فاستدام التكاح والطهارة لا يحنت بخلاف المسائل التي ذكرها بقوله ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لا يلبسه وكذا لا يركب هذه الدابة وهو راكبها ولا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فكنت قليلا حنت فلونزع الثوب من ساعته أو نزل أو أخذ في النقلة لم يحنت بخلاف الفرض أما الأول وهو الحنت يمكنه فلان هذه الأفعال لها دوام بحدوث أمثالها ولهذا لو قال لها كلما ركبت دابة فانت طالق وهي راكبة فكنت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت فان مكثت ساعة أخرى كذلك طلقت أخرى بخلاف ما لو قال كلما ركبت دابة فركب لزمه طلقة واحدة وان طال مكثه لان لفظ ركبت اذا لم يكن الخالف راكبا براديه انشاء الركوب فلا يحنت بالاستمرار وان كان له حكم الابتداء بخلاف حلف الراكب لا يركب فانه براديه الأعم من ابتداء الفعل وما في حكمه عرفا واستوضح على ان هذه الأفعال لها دوام بحدوث أمثالها بقوله ألا يرى أنه يضرب لها مدة فيقال ركبت يوما ولبست يوما وسكنت شهرا بخلاف الدخول فانه لا يقال دخلت يوما بمعنى ضرب المدة والتوقيت لنفس الدخول بل يقال في مجاري الكلام دخلت عليه يوما مراد به ما مجرد بيان الظرفية لا التقدير وإنما مطلق الوقت اذ كان لا يعتد فيه براديه ما يعم النهار والليل وذلك أعني عدم ضرب المدة تقدير الدخول دليل انه ليس فيه تجديد أمثال يصير به متكررا ليحنت بحدوث المتكررات فلا يحنت الا بابتداء الفعل الا أن ينوي به البقاء وهذه على عكسه ينفذ بحدوث مطلق اللفظ على الأعم من الابتداء والبقاء وأما لا ابتداء فقط فمحتمل حتى لو أراد بقوله لا أسكن وأركب وألبس ابتداء الفعل فقط صدق لانه محتمل كلامه فلا يحنت بالاستمرار ساكنا وراكبا وقرع بعض أهل العلم على كون هذه لها تجديد أمثال يصير بها في معنى الابتداء انه لو حلف وهو لا يلبس هذا الثوب غدا واستمر لا يلبسه حتى مضى الغد لا يحنت عنزلة ما لو نزع ثوبه في الغد ثم انه انما يحنت بتأخير ساعة اذا أمكنه النقل فيها فاما اذا لم يقدر بأن كان بعذر الليل وخوف اللص أو منع ذي السلطان أو عدم موضع ينتقل اليه حينئذ أو أغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه أو كان شريفا أو ضعيفا لا يقدر على حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها الا يحنت ويلحق ذلك الوقت بالعدم للمعذور وأورد ما ذكره الفضلي فيمن قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فهي طالق فقيده أو منع من الخروج حنت وكذا اذا قال

كان قوله لا يركب حقيقة في الابتداء لانه حقيقة فيه اذا لم يكن راكبا وأما اذا كان راكبا فلا ابتداء من محتملانه

قال المصنف (ولنا أن اليمين تعقد بالبريستثنى منه زمان تحقيقه) أقول قوله منه أي من اليمين على أو بل الحلف فتركت الحقيقة بدلالة معنى يرجع الى التشكك وقوله (زمان تحقيقه) يعني زمان التزعم والنزول والنقلة

قال (ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومناعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع إليها حنث) لانه بعد ساكنها بقاء أهله ومناعه فيها عرفا فان السوق عامة فمنها في السوق ويقول أسكن سكة كذا والبيت والحلة بمنزلة الدار ولو كان البين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيمارى عن أبي يوسف رحمه الله لانه لا يعدسا كافي الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب

لامرأته وهي في منزل أبيها ان لم تحضرى الليلة منزلى فطالوت فنعها أبوها حنث أجيب بالفرق بين كون المحلوف عليه عدم ما في حنث بتهمة كفيما كان لان العدم لا يتوقف على الاختيار وكونه فعلا فينوقف عليه كالسكنى لان المعقود عليه الاختيار وينعدم بعدمه فيصير مسكنا لا ساكنا فلم يتحقق شرط الحنث وسند كره في فروع ونوضح الوجه بأن شاء الله وكذا لو تقي أباما في طلب مسكن وترك الامتعة والاهل في هذه الايام لا يحنث في الصحيح لان طلب المنزل من عمل النقل وصار مذهب الطلب مستثناة اذا لم يفرط في الطلب وهذا اذا خرج من ساعته في طلب المنزل ولو اخذ في النقلة شيئا فبان كانت النقلات لا تفرط لا يحنث ولو أمكنه أن يستأجر من ينقل متاعه في يوم ليس عليه ذلك ولا يلزمه النقل بأسرع الوجوه بل بقدر ما يسمى نافلا في العرف وأما الثاني فوجه قول زفر رحمه الله ان الحنث قد وجد بما وجد من القدر اليسير من السكنى والركوب واللبس ولما ان البين تعقد للبر لا للحنث ابتداء وان وجب الحنث في بعض الأوقات واذا كان المقصود من البين وضعا للبر وجب استثناء مقدار ما يحققه من الزمان وهو قدر ما يمكنه فيه النزول والنقلة والنزع (قوله ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج هو وترك متاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع حنث) وهذه المسئلة فرع التي قبلها لما كان بالانخذ في النقلة من ساعته يرد كرمعنى النقلة التي بها يتحقق البريقين أنه لا بد في كونه منتقلا من الدار من نقل الاهل والمال وكذا الحلف على أن لا يسكن في هذه المحلة أو السكة لو خرج بنفسه عازما على عدم العود أبدا حنث وان خرج على عزم أن يرسل من ينقلهم لانه بعد المتأهل ساكنه عمل سكنى أهله وماله عرفا واستشهد للعرف بان السوق عامة فمنها في السوق بحيث لا يخرج عنه الا ليلا أو بعض الليل أيضا يقول أناسا كن في محلة كذا وذلك لقرار أهله وماله به لو بهذا القول قال أحد ومالك وعند الشافعي لا يحنث اذا خرج بنية التحويل قيل وهذا الخلاف يمتناو بينه مبنى على أن العبرة عنده لحقيقة اللفظ ولا تعتبر العادة بخلافها وهو اذا خرج بنية عدم العود فقد انتقل اذ لا شك في أنه بنفسه انتقل وعندنا العبرة للعادة لطررها على الحقيقة والحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه والعادة أن من كان أهله بمكان يبليده هو بها فهو ساكن فيه عملا بالعرف فبنى اللفظ عليه وهذا اذا كان الحالف مستقلا يسكنه قائما على عياله فان كان سكناه تبعا كبن كبير ساكن مع أبيه أو امرأة مع زوجها فلو حلف أحدهما لا يسكن هذه فخرج بنفسه وترك أهله وماله وهي زوجها وماله لا يحنث وقيد الفقهاء بالبيت أيضا بأن يكون حلف بالعربية فلو عقد بالفارسية لا يحنث اذا خرج بنفسه وترك أهله وماله وان كان مستقلا يسكنه ثم لقائل أن ينظر فيما استشهد به للعرف وذلك ان السوق انما يقول أناسا كن في محلة كذا وهو على نية العود فلا يكون دليلا على ثبوت السكنى فيما اذا خرج عازما على عدم العود كما هي صورة المسئلة فالوجه ترك خصوص هذا الشاهد ويدعى ان العرف على أنه ساكن ما لم ينقل أهله وماله حتى انه يقال بعد خروجه كذا فلان يريد أن ينتقل عن مسكنه ولكن لم ينتقل بعد (قوله ولو كان البين على المصر الى آخره) ما تقدم كان فيما اذا حلف لا يسكن هذه الدار ومثله البيت والسكة والحلة وهي تسمى في عرفنا الحارة فلو كان حلف لا يسكن هذا المصر أو هذه المدينة قال لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيمارى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى نقله الفقيه أبو الليث عن أمالي أبي يوسف رحمه الله لانه لا يعدسا كافي المصر الذي انتقل عنه بنفسه وان ترك أهله وماله عرفا فلا يقال لمن أهله بالبصرة وماله وهو بنفسه قاطن بالكوفة هو ساكن بالبصرة (والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب) فلو حلف لا يسكن هذه القرية

وقوله (ومن حلف لا يسكن هذه الدار) يعني وهو متأهل بدليل قوله فخرج ومناعه وأهله فيها وفيه إشارة الى انه لو لم يكن متأهلا بل هو ممن يعوله غيره فخرج بنفسه لم يحنث والمتأهل اذا حلف فاما ان حلف على الدار أو المصر أو القرية فان كان الاول فلا بد من نقل أهله ومناعه وان كان الثاني يكتفى بنقله الى مصر آخر

(قوله فخرج بنفسه) أقول وترك المتاع

ثم اختلفوا في كيفية النقل على ما ذكر في الكتاب واعترض على قول أبي حنيفة بأن سكناه كان بجميع ما كان معه من الأهل والمناجى فإذا أخرج بعضه انتفى سكناه لأن الكل ينتفى بانتفاء البعض وأجيب بأن الكل ينتفى بانتفاء جزء حقيقى لا اعتبارى وما ذكرتم ليس كذلك وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر (وقال في الشافى أن لم يمكنه النقل من ساءته بعذر الليل أو يمنع ذى سلطان أو عدم موضع آخر ينتقل إليه لم يحنت لأن حالة الضرورة مستتنة خلافاً لغيره وكذلك لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقلة أو كان شريفاً وضعيفاً لا يقدر على نقل المناجى بنفسه ولم يجد أحداً ينقلها لم يحنت حتى يجد من ينقلها ويلحق الموجد بالمعدوم للعذر وفوقه عباد كره الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل أن من قال أن لم يخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع (٣٧) من الخروج لم يحنت وكذا لو قال لامرأته

وهي في منزل والديها إن لم تحضري الليلة منزلي فآنت طالق فنعها والادع عن الحضور حنت وأجيب بأن في مسألة الكتاب شرط الحنت السكنى وأنه فعل وجودى لا يحصل بدون الاختيار ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع المذكورة وأما في صورة النقض فشرط الحنت عدم الخروج والعدم لا يحتاج إلى اختيار (فإن انتقل إلى السكة أو المسجد قالوا لا يبر) وقبل يبر لأنه لم يبق ساكناً ودليل الأول ما ذكرناه في الزيادات أن من خرج بعباله من مصره فمالم يتخذوطناً آخر يبنى وطنه الأول في حق الصلاة كذا هذا وصورته كوفي نقل عباله إلى مكة ليستوطن بها فلما دخلها وتوطن بها بدله أن يرجع إلى خراسان فبر بالكوفة فانه يصلى بها ركعتين لأن وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وإن بدله في الطريق قبل أن يدخل مكة

ثم قال أبو حنيفة رحمه الله لا بد من نقل كل المناجى حتى لو بقي وتديحنت لأن السكنى قد ثبت بالكل فبقى ما بقي منه وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى عليه بعذر ينقل إلا كثيراً لنقل الكل قد بعذر وقال محمد رحمه الله تعالى عليه يعتبر نقل ما يقوم به كدخلائته لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا أحسن وأرفق بالناس وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر فإن انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قالوا لا يبر لأنه في الزيادات أن من خرج بعباله من مصره فمالم يتخذوطناً آخر يبنى وطنه الأول في حق الصلاة كذا هذا والله تعالى أعلم بالصواب

أو البلمدة وهي قرية فانتقل إلى قرية أخرى وترك أهله وماله في الأولى لا يحنت وقوله في الصحيح احتراز عن قال هي كمالو حلف لا يسكن الدار فحنت (قوله ثم قال أبو حنيفة لا بد) في كونه انتقل من الدار وما شا كلهما ما ذكرنا (من نقل كل المناجى حتى لو بقي وتدفنوه لم يحنت لأن السكنى من الحالف تثبت بالكل فبقى ما بقي منه شيء) في المبسوط وهذا أصل لأبي حنيفة حتى جعل صفة السكنى في العسر مانعاً من أن يكون خروا بقاء مسلم واحداً من أهلها مانعاً من أن تصير دار حرب إلا أن مشايخنا قالوا هذا إذا كان الباقي يتأني به السكنى وأما بقاء مكنسة أو وتد أو قطعة حصير لا يبنى فيها ساكناً فلا يحنت وحقيقة وجه دفعه أن قوله السكنى تثبت بالكل إن أراد أن مجموع الكل هو العلة في سكناه مع انقطاع نفسه إلى القرار في المكان منعناه والألزم أنه لو سرق بعض تلك الامتعة انتفت السكنى فعلم أن السكنى تثبت مع الكل باتفاق الحال فانما هي منوطة في العرف بقرارها على وجه الانقطاع إليه مع ما يتأني به دفع الحاجات الكائنة في السكنى فكانت السكنى ثابتة مع الكل وبدون الكل على أن الكلام هنا باعتبار العرف والعرف بعد من خرج لا يبريد العود ونقل أهله وبعض ماله يبريد أن ينقله بعد ذلك أو تركه لثقاته وعدم الالتفات إليه تاركاً لسكنى ذلك المكان (وقال أبو يوسف يعتبر في البر نقل إلا كثيراً لنقل الكل قد يتعذر بأن يغفل عن شيء كآخرة في شق حائط أو يتعسر) وقال محمد يعتبر في البر نقل ما يقوم به كدخلائته أي سكناه فيما انتقل إليه (لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى) إذ ليس من حاجتها قال المصنف رحمه الله (قالوا هذا أحسن وأرفق بالناس في نفي الحنت) عنهم ومنهم من صرح بأن الفتوى عليه وكثير منهم كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافي على أن الفتوى على قول أبي يوسف ولا شك أن المداير هنا ليس على نقل الكل ليقوم إلا كرمقامه بل على العرف في أنه ساكن أولاً والحق أن من خرج على نية ترك المكان وعدم العود إليه ونقل من أمتعته فيه ما يقوم به أمر سكناه وهو على نية نقل الباقي يقال ليس ساكناً في هذا المكان بل انتقل عنه وسكن في المكان الثاني وهذا الخلاف في نقل الامتعة أما الأهل فلا بد في البر من نقلهم كلهم اتفاقاً (قوله وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر حتى يبر)

أن لا يستوطن مكة ويرجع إلى خراسان فبر بالكوفة فانه يصلى بالكوفة أربعا لأن وطنه بالكوفة قائم مالم يتخذوطناً آخر فكذا هذا وفي بعض الشراح قوله قالوا لا يبر معناه إذا لم يكن في طلب مسكن آخر أما إذا كان وبقي على ذلك أما فلا يحنت في الصحيح وإن لم ينتقل إلى السكة أو المسجد لأنه لا يمكنه طرح الامتعة في السكة فيصير ذلك القدر مستثنى للضرورة والله أعلم

(قوله بانتفاء جزء حقيقى لا اعتبارى) أقول كالقراءة في الصلاة (قوله بعذر الليل) أقول إذا كانت البين في جوف الليل (قوله أو يمنع ذى سلطان الخ) أقول فيه بحث لمخالفته لما مر من قوله ومن فعل المخالف عليه ناسياً أو مكرهاً فهو سواء لأن الفعل الحقيقى لا ينعزم بالأكراه وهو الشرط فتأمل في جوابه (قوله ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر) أقول منقوض بفعل المعنى عليه وقد سبق أنه يحنت (قوله شرط الحنت السكنى وأنه فعل وجودى) أقول لأن السكنى هي الوجود على ما مر ولا كوان بدنية الوجود عند المتكلمين

باب اليمين في الخروج والالتيان والر كوب وغير ذلك

قال (ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسا ناخمله فأخرجه حنث) لان فعل المأمور مضاف الى الأمر فصاركما اذا ركب دابة فخرجت (ولو أخرجه مكرها لم يحنث) لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الأمر (ولو حمله برضاه لا يجره) لان الصحيح في الصحيح لان اليمين لا يجره الرضا قال (ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث) لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج

بالاتفاق فانه لو انتقل الى السكة أو المسجد لم يبر بالاتفاق فانهم اختلفوا قبل يحنث وعليه اقتصر نقل المصنف استدلالا بما في الزيادات كوفي نقل عباده الى مكة ليتوطن فلما توطن بمكة بداه أن يرجع الى خراسان فرب بالكوفة يصلي بها ركعتين لان وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بداه في الطريق قبل أن يدخل الى مكة صلى بالكوفة مرة ما راع عليها أربعاً لان وطنه الأول بالكوفة قائم ما لم يتخذوطنا آخر فكذا هنا يبق وطنه الأول ما لم يتخذوطنا آخر وقيل لا يحنث لانه لم يبق ساكناً وقال أبو الليث ان سلم داره باجارة أو رد المستأجرة الى المأجر لا يحنث وان لم يتخذ داراً أخرى واطلاق عدم الحنث أوجه وكون وطنه باقياً في حق انعام الصلوة لا يستلزم تسميته ساكناً عرفاً بذلك المكان بل يقطع من العرف فبين نقل أهله وأمتعته وخرج مسافراً أن لا يقال فيه انه ساكن في تلك الحال بل يقال فيه حال السفر انتقل عن سكنى هذا المكان وهو قاصد سكنى كذا وإذا لم يضره قصد مكان معين قبل هو الا أن غير ساكن في مكان حتى يتظر أين يسكن وإذا ثبت نفي تلك السكنى ثبت البر والله تعالى أعلم

باب اليمين في الخروج والالتيان والر كوب

الخروج مقابل للدخول فتناسب اعتقابه به ويعقب الخروج الر كوب ثم الرجوع وهو الالتيان فلما ارتبطت أو ردها في باب الخروج (قوله ومن حلف لا يخرج من المسجد) أو الدار والبيت أو غير ذلك فامر انسا ناخمله فأخرجه حنث لان فعل المأمور مضاف الى الأمر فصاركما لو ركب دابة فخرجت به فانه يحنث لان فعل الدابة مضاف اليه كذا هذا ولو أخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل وهو الخروج لم ينتقل الى الخالف لعدم الأمر وهو الموجب للنقل والمراد من الإخراج مكرها هنا أن يحمله ويخرجه كرهاً لذلك لا الاكراه المعروف وهو أن يتوعده حتى يفعل فانه اذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف أن الاكراه لا يعدم الفعل عندنا وتطيره ما لو حلف لا يأكل هذا الطعام فأكره عليه حتى أكله حنث ولو أوجر في حلقه لا يحنث ولو حمله برضاه لا يجره لا يحنث في الصحيح وقيل يحنث لانما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالآمر وجه الصحيح أن الانتقال بالامر لا يجره الرضا ولم يوجد الأمر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل اليه ولو قيل قصر الانتقال على الأمر محل النزاع لان من يقول يحنث يجعل الرضا أيضاً ناقلاً دفع بفرع اتفاق وهو ما اذا أمره أن يتلف ماله ففعل لا يضمن المتلف لانتساب الاتفاق اليه بالامر فلو تلفه وهو ساكن يتظر فلم ينهضه ضمن من غير تفصيل لاحدين كونه راضياً أو لا ثم اذا لم يحنث باخراجه محمولاً لانسان أو بهبوب ربح جلته هل تنحل اليمين قال السيد أبو شجاع تنحل وهو أرفق بالناس وقال غيره من المشايخ لا تنحل وهو الصحيح ذكره الترتاشي وقاضيان وذلك لانه انما لا يحنث لا تقطاع نسبة الفعل اليه واذا لم يوجد منه المحلوف عليه كيف تنحل اليمين فبقيت على حالها في الذمة وبظهر أن هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الإخراج هل يحنث فن قال انحلت قال لا يحنث وهذا بيان كونه أرفق بالناس ومن قال لم تنحل قال حنث ووجب الكفارة وهو الصحيح (قوله ومن حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة) ونحوه فخرج الى جنازة ثم ذهب الى حاجاته أخرى لم يحنث لان الخروج

ذكر الخروج ههنا ظاهر التناسب لان له مناسبة المضادة بالدخول وأما الالتيان والر كوب فما يتحقق بعد الخروج فاستصحبهما ذكر الخروج قوله (ومن حلف لا يخرج من المسجد) ظاهر وكذلك الحكم في الدار والبيت وقوله (ولو أخرجه مكرها) صورته أن يحمله انسان فيخرجه مكرها لانه حينئذ لم يوجد منه الفعل لاحقية ولا حكماً وأما اذا هدده غيره فخرج خوفاً من المكره فانه يحنث لوجود الفعل منه ثم هل تنحل اليمين اذا حلف مكرها قبل تنحل كما لو حلف لا يدخل دار فلان فهبت به الريح وألقته فيها لم يحنث وانحلت اليمين وقيل لا تنحل وهو الصحيح وقوله (في الصحيح) احتراز عن قول بعض المشايخ فانهم قالوا انه يحنث لما انه لما كان ممكناً من الامتناع فلم يمتنع صار كالآمر بالإخراج وقوله (والمضي بعد ذلك ليس بخروج) يعني أن الخروج عبارة عن الانتقال من الداخل الى الخارج ولم يوجد

باب اليمين في الخروج والالتيان والر كوب وغير ذلك

(قوله وقيل لا تنحل الخ) أقول لو حلف لا أشرب الخمر فصبت في حلقه اكرها

هل تنحل يمينه حتى لو شرب بعده طوعاً هل يحنث ينبغي أن يكون على هذا الخلاف والمذكور في الفتاوى انه يحنث الموجود

وقوله (ولو حلف لا يخرج الى مكة) ههنا ثلاثة ألفاظ الخروج والالتيان والذهاب والاول (٣٩) شرط الحنث به الانفصال بمجاورة

عمران مصره فاصدا لذلك دون الوصول قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله وأراد به الانفصال والثاني شرطه الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فاذا وصل حنث سواء كان قاصدا أو لم يكن والثالث اختلف فيه المشايخ قال نصير بن يحيى هو بمنزلة الالتيان لقوله تعالى اذهب الى فرعون والمراد به الالتيان وقال محمد بن سلمة هو بمنزلة الخروج قال الله تعالى انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس والازهاب الازالة فيكون الذهاب والافلا يشترط فيه الوصول قال المصنف وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال (ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة) اعلم ان استطاعة تطلق على معنيين أحدهما صحة الأسباب والآلات قال الله تعالى والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزاد والراحلة والثاني القدرة الحقيقية وهي نوع على حدة يترتب عليها الفعل عند ارادته ارادة جازمة يخلفه الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا قال الله

(ولو حلف لا يخرج الى مكة) فخرج يريد هاتم رجع حنث) لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذا الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج (ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها) لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل هو كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال (وان حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته) لان البر قبل ذلك مرجو (ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجيء أمر لا يقدر على اتيانه فلم يأت حنث وان عني استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى) وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الأسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة كلامه ثم قيل ونصح قضاء أيضا لما بينا وقيل لا تصح لانه خلاف الظاهر

الموجود منه الى الجبارة مستثنى من الخروج المحلوف عليه والمضى بعد ذلك ليس بخروج لانه ليس الا الانفصال من الباطن الى الظاهر والذهاب ليس كذلك (قوله ولو حلف لا يخرج الى مكة) أودار فلان فخرج مریدا مكة أودار فلان ثم بدله فرجع قبل أن يصل حنث وهذا لان الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج وقد وجد بقصد مكة وهو المحلوف على عدمه فيحنث به رجع أو لم يرجع ومقتضى هذا أن يحنث اذا رجع وان لم يجاوز عمران مصره وقد قالوا انما يحنث اذا جاوز عمران على قصد هاتمه ضمن لنظ آخر معني أسافر للعالم بأن المضي اليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغي أن يحنث بمجرد انفصاله من الداخل (قوله ولو حلف لا يأتيها) فخرج بقصد هاتمه (لم يحنث حتى يدخلها) لان الالتيان عبارة عن الوصول قال تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليه اقبل هو كالاتيان) فلا يحنث حتى يدخلها وهو قول نصير قال تعالى اذهب الى فرعون والمراد الوصول اليه وتبليغه الرسالة (وقيل الذهاب كالخروج) وهو قول محمد بن سلمة واختاره غير الاسلام قال المصنف (وهو الاصح) قال تعالى ليذهب عنكم الرجس أي يزيله فبمجرد تحقق الزوال تحقق الحنث وكونه استعمال مراد به الوصول في اذهب الى فرعون لا يدل على انه لازم في استعماله غاية الامر أن يكون صادقا مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدرة المستتر بين الخروج وبلا وصول والخروج المتصل به وصول فلا يتعين أحدهما لتحقيق المسمى بمجرد الانفصال وهذا اذا لم ينو بالذهاب شيئا ولو نوى به الخروج أو الالتيان صححت نيته ثم في الخروج والذهاب اليه يشترط للحنث الخروج عن قصد وفي الالتيان اليه لا يشترط قصد للحنث بل اذا وصل اليه حنث قصد أو لم يقصد كذا في جامع قاضيان والفوائد الظهيرية (قوله وان حلف ليأتين البصرة) هذا ونحوه من الافعال المستقبلية اذا حلف على أن يفعلها في المستقبل فاما ان يطلقها أو يؤقثها بوقت مثل لا فعلن غدا أو فيما بيني وبين يوم الجمعة ففي المطلقه مثل ليضربن زيدا أو يعطينن فلانا أو يطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع اليأس عن البر لان اليمين تنبى ما أمكن البر وحيث لم يقيد اليمين بوقت يفوت البر بفواته لم تسقط اليمين ولم يلزم انحلالها فتبقى الى أن يقع اليأس عن البر فيحكم حينئذ بالحنث ولا يقع اليأس الا في آخر جزء من أجزاء الحياة فان كان الحلف بطلاقها بالفعل لم يفعل حنث بموت أحدهما ولا فرق في ذلك بين موته وموتها في الصحيح وتقدمت هذه في الطلاق وفي المقيدة تتعلق بآخر الوقت فلومات قبل مضي الوقت ولم يفعل لم يحنث فاذا قال ان لم أفعل كذا غدا فعبدى حرفات قبل الغروب ولم يفعل لا يعق عبده (قوله ولو حلف) أي بالله أو بطلاق أو عتاق (ليأتينه غدا ان استطاع) وصورة في التعليق ان يقول امرأتى طالق ان لم آت غدا ان استطعت ولا نية له تنصرف الاستطاعة الى سلامة الآلات الفعل

تعالى ما كانوا يستطيعون السمع اذا عرفت هذا ففيما نحن فيه كلامه ينصرف الى الاول لانه هو المتعارف وان عني الثاني وقد عبر عنه

لما بينا انه نوى حقيقة كلامه وقبل لا يصح قضاء لانه خلاف الظاهر لما بينا أن الاول هو المتعارف وفيه تخفيف على نفسه (ولو حلف لا يخرج امرأته الا بآذنه احتاج الى الاذن لكل خرجة) حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بلا اذن حنت لان المستثنى خروج مقرون بالاذن لأن تقديره والله لا يخرجى الا خروجاً ملصقاً باذنى لان الباء للالصاق فيقتضى ملصقاً وملصقاً فيكون ما وراءه أى ما وراء المستثنى داخلاً تحت الخطر العام (ولو نوى الاذن مرة صدق بآذنه لا قضاء لانه محتمل كلامه) لكنه خلاف الظاهر لكونه مخالفاً لمقتضى الباء

قال المصنف (ومن حلف لا يخرج امرأته الا بآذنه) أقول في البدائع ان أراد بقوله الا بآذنى مرة واحدة يدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء في قول أبى حنيفة ومحمد رجهما الله واحدى الروايتين عن أبى يوسف وروى عنه انه لا يدين في القضاء اه وصح بأن الاول هو ظاهر الرواية وفي غاية البيان تفصيل متعلق بهذا المقام فراجع (قوله لان تقديره والله لا يخرجى الخ) أقول هذا محالاً معنى له (قوله

فيقتضى ملصقاً وملصقاً به)

(ومن حلف لا يخرج امرأته الا بآذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير اذنه حنت ولا بد من الاذن فى كل خروج) لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل فى الخطر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق بآذنه لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر

المخوف عليه وصحة أسبابه لانه هو المتعارف فعند الإطلاق ينصرف اليه وهذا ما أراد بقوله استطاعة الصحة دون الاستطاعة التى هى القدرة التى لا تسبق الفعل بل تخلق معه بلا تأثير لها فيه لان أفعال العباد مخلوقة لله تعالى ولو أراد هذه بقوله ان استطعت صحت ارادتها فاذا لم يأتها لعذر منه أو لغير عذر لا يحنت كانه قال لا تبتدان خلق الله تعالى ابتائى أو الا أن لا يخلق ابتائى وهو اذا لم يأت لم يخلق ابتائيه ولا استطاعة الاتيان المقارنة واللاتى واذا صحت ارادتها فهل يصدق بآذنه وقضاء أو بآذنه فقط قبل يصدق بآذنه فقط لانه نوى خلاف الظاهر وهو قول الرازى وقبل بآذنه وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه اذ كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والاول أوجه لانه وان كان مشتركاً بينهم لكن معروف استعماله عند الإطلاق عن القرينة لاحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة أسبابه فصارت ظاهراً فيه بخصوصه فلا يصدق القاضى فى خلاف الظاهر (قوله ومن حلف لا يخرج امرأته الا بآذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير اذنه حنت) ولا بد من الاذن فى كل خروج ومثله ان خرجت الا بقناع ونحوه لان المستثنى فى قوله الا بآذنى خروج مقرون بالاذن فما وراء ذلك الخروج الملصق بالاذن داخل فى الخطر العام وهو النكحة المؤقتة من الفعل فى سياق النوى فان المعنى لا يخرجى خروجاً والاخر جاباذنى وطريق إسقاط هذا الاذن أن يقول كلما أردت الخروج فقد أذنت لك فان قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيها عند أبى يوسف خلافاً لمحمد وجه قول محمد أنه لو أذن لها مرة ثم نهى عمل نهيها اتفاقاً فكذا بعد الاذن العام ولا ييوسف أنه انما عمل نهيها بعد المرة لانه مفيد لبقاء البين بعده بخلاف النهى بعد الاذن العام لانه لا يفيد لارتفاع البين بالاذن العام ولو أذن لها اذا غير مسموع لم يكن اذناً فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هو اذن لانه لم يفصل بين المسموع وغيره ولهما أن الاذن انما سمي اذناً لكونه معلماً أو لوقوعه فى الاذن ولم يوجد ثم انعقاد البين على الاذن فى قوله ان خرجت الا بآذنى فانت طالق أو والله لا يخرجين الا بآذنى مقيد ببقاء النكاح لان الاذن انما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان اذا حلف انساناً ليرفعن اليه خبر كل داعر فى المدينة كان على مدة ولايته فلو أبانها ثم تزوجها فخرجت بلا اذن لا تطلق وان كان زوال الملك لا يبطل البين عندنا لانهم لم تنعقد الا على مدة بقاء النكاح ولو نوى الاذن مرة واحدة باللفظ المذكور يصدق بآذنه لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر فلذا لا يصدق القاضى أمانه خلاف الظاهر فظاهر مما قررناه وأمانه محتمل كلامه فلان الاذن مرة موجب الغاية فى قوله لا يخرجى حتى آذنك وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث ان حكم كل واحد منهما ما بعد الاستثناء والغاية مخالف لما قبلهما فيستعار الا بآذنى لمعنى حتى آذن وفى حتى آذن تحمل مرة واحدة وقد بحث بعضهم فى حتى أنها أيضاً توجب التكرار واستدل بقوله تعالى حتى تستأنسوا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ونحن نقول ان قام الاجماع على أن التكرار يراد فلا نزاع وانما الكلام فى أنه هل هو مؤدى اللفظ فقلنا لا فانه اذا قال حتى آذنك يكون قد جعل النهى عن الخروج مطلقاً مغنياً بوجود ما هو اذن وبمرة واحدة من الاذن يتحقق ما هو اذن فيتحقق غاية النهى فيزول المنع المضاف الى اللفظ فان كان منع آخر فغيره من دليل آخر أو علم أنه أريد به خلاف مقتضاء وظاهر مذهب الشافعى فى قوله الا بآذنى انه تنهى البين بخرجة واحدة باذن الزوج أو بغير اذنه فلا تطلق بالخروج بعده بلا اذن وفى وجه كقولنا وهو اختيار

ولو قال الا ان آذن لك كنى

اذن واحد لما ذكر في الكتاب واعترض عليه بقوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم وكان تكرار الاذن لازما واجيب بأن ذلك دليل خارجي وهو قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي وتمام التقرير فيه ذكرناه في الانوار والتقرير ومعنى قوله لان هذه كلمة غاية أى كلمة تفيد معنى الغاية لان الا ان ليس موضوعا لها بل للاستثناء وتعذر حمله عليه لان صدر الكلام ليس من جنس الاذن حتى يستثنى الاذن منه فيجعل مجازا عن حتى لمناسبة بينهما وهو أن حكم ما قبل الغاية يخالف لما بعده كما أن حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده

قال المصنف (الا ان آذن لك الخ) أقول قال الامام الزبيدي ولو نوى التعدد بقوله الا ان آذن لك صدق قضاء لانه محتمل كلامه وفيه تشديد على نفسه لان كلمة ان وما دخلت عاميه بتأويل المصدر فتكون الباء فيه مقدرة فصار كأنه قال الا بان آذن لك ولأن فيه تغليظا على نفسه فيصدق اه وفيه احتمال آخر مذكور في شرح الوقاية لصدر الشريعة

(ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحث) لان هذه كلمة غاية فتنتهى اليه كما اذا قال حتى آذن لك

المزنى والقفال (قوله ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحث) ونقل عن أحمد لزوم تكرار الاذن فيه أيضا مثل الا باذن وهو قول القراء لان المعنى الا خروجي باذني لان أن والفعل في تأويل المصدر ولا يصح الا خروجي باذني فلزم ارادة الباء فصار باذني والجواب انه لا بد من أحد الأمرين اما ما ذكر من ارادة الباء محذوفة أو ما قلنا من جعلها بمعنى حتى مجازا أى حتى آذن لك وعلى الأول يكون كالأول وعلى الثاني ينعقد على اذن واحد واذلزم في الا ان آذن لك أحد المجازين وجب الرابع منهما ومجاز غير الحذف أولى من مجاز الحذف عندهم لانه تصرف في وصف اللفظ ومجاز الحذف تصرف في ذاته بالاعدام مع الارادة ثم هو موافق للاستعمال القرآني قال تعالى لا يزال بنيتهم الذي بنوا ربة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم فان قيل قد تحقق بمعنى ما باضمار الباء أيضا في قوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم الآية والثابت وجوب تكرار الاذن واجيب بالمنع بل وجوب التكرار بغيره من الأدلة الموجبة منع دخول الانسان بيت غيره فضلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه وكذا كل ما كان مثل هذا وهو كثير مثل وما تشاؤون الا ان يشاء الله ولا تقولن لشيء انى فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله ولكن لا تأوعدوهن سرا الا ان تقولن اقولا معروفا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وغير ذلك فان كلا منها يستقل فيه دليل على المنع أو الفعل مع كل متكرر فاما يلزم لولم يكن دليل على التكرار سواء وقد اجيب أيضا عن الآية الاولى ان لزوم تكرار الاذن للعلة المنصوصة فيها من قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي فيستحي منكم فالزوم بعض المحشين أن يكون كذلك فيما نحن فيه لان خروج المرأة بغير اذن الزوج مما يؤذي الزوج أيضا وهذا ذهل عظيم لان الثابت بالعلة المنصوصة في قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي المنع الذي هو حكم شرعي وهو ينبت بالعلل الشرعية أما هنا فالنظر فيما تنعقد عليه عين الخائف ويلزم بعده الكفارة وذلك لا يكون الا باللفظ الناص على المحلوف عليه لا بالعلة لو صرح بها بأن قال والله لا أشرب ماء العنب المشتد لسكره فانه لو شرب من زرا لا يقول أحد انه حث ولزمه كفارة مع انه لم يحلف عليه بخلاف ما لو حلف لا يشرب مسكرا فكيف اذا لم يصرح بها بل استنبطت كما فعل هذا الباحث حيث استنبط أن الزوج يكره خروج زوجته بلا اذن ثم قد يقال لا نجد دليلا يدل على منع كل دخول الا باذن وكل مشيئة للعبادة لا مشيئة الله تعالى وكل قول انى فاعل غدا كذا الا بقرانه بالمشيئة سوى الأدلة المذكورة خصوصا في الأخير ولو فرض الاجماع على ذلك فستند الاجماع ليس الا هذه الأدلة وأقل ما في الباب أن يكون وجود هذا المجازا كثر والكثرة من أسباب الترجيح وحيث كونه غير مجاز الحذف أولى يجب أن يكون في غير ما يكون الحذف فيه مطردا مستمرامفه وما من اللفظ بلا زيادة تأمل وانت علمت أن حذف حرف الجر مع أن وأن مطرد وهنا لفظان آخران هما الى أن آذن لك ويجب أن يسلك به مسلك حتى وبغير اذني ويجب فيه تكرار الاذن مثل الا باذني لان المعنى فيهما واحد مع وجود الباء وهذا كله بخلاف ما لو قال لا أكل فلانا الا باذن فلان أو حتى ياذن أو الا ان ياذن أو الا أن يقدم فلان أو حتى يقدم أو قال لرجل في داره والله لا يخرج الا باذني فانه لا يتكرر اليه في هذا كانه لان قدوم فلان لا يتكرر عادة والاذن في الكلام يتناول كل ما وجسد من الكلام بعد الاذن وكذا خروج الرجل مما لا يتكرر عادة بخلاف الاذن للزوجة فانه لا يتناول الا ذلك الخروج المأذون فيه عادة لا كل خروج الابن صريح فيه مثل أذنت لك أن تخرجي كلما أردت الخروج ونحوه فكان الاقتصار في هذا الوجود الصارف عن التكرار لان العرف في الكل على التفصيل المذكور

قال (ولو أرادت المرأة الخروج) صورة المسئلة ظاهرة (وتسمى هذه اليمين عين فور) وهو في الاصل مضد وفارت القدر اذا غلت فاستعير
 للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريب فيها ولا لبث فقبل جاء فلان وخرج فلان من فوره أي من ساعته (وتفرد أبو حنيفة رحمه الله بظاهره)
 أي باستنباطه وكان الناس قبله يعلمون اليمين على نوعين مؤبدة ومؤقتة لفظاً ثم استنبط أبو حنيفة هذا النوع الثالث وهو المؤبد لفظاً والمؤقت
 معنى وقد أخذ من حديث جابر وابنه رضي الله عنهما حين دعيا إلى نصرته رجل خلفاً أن لا ينصراه ثم نصراه ولم يحشوا واعتبر في ذلك
 العرف فان الحالف في العادة يقصد بهما مع الخرجة التي تهيأت لها لا من الخروج على التأيد فاذا عادت فقد تركت تلك
 الخرجة وانتهت اليمين فلا يحسن بعد ذلك وان خرجت والعرف له اعتبار في باب الايمان وعلى هذا لو أراد الرجل ضرب عبده فقال آخر
 ان ضربه فعبدي حريته قيد بتلك (٤٣) الضربة وعلى هذا اذا قال له اجلس تغد عني فقال ان تغديت فعبدي حر وكلامه ظاهر

ولو قال ان تغديت اليوم
 يجعل مبتدئاً لانه زاد على
 مقدار الجواب في تطبيقه
 على السؤال الغاء الزيادة
 فان قيل الزيادة لا تضر كونه
 جواباً للسؤال ألا ترى الى
 قوله تعالى قال هي عصاي أتوكأ
 عليها وأهش بها على غنمي ولي
 فيها مآرب أخرى في جواب
 قوله تعالى وماتلك بيمينك
 يا موسى كيف زاد على مقدار
 الجواب وهو أن يقول
 عصاي ولم يخرج منه عن كونه
 جواباً أجيب بأن كلمة ما
 تستعمل للسؤال عن الذات
 والسؤال عن الصفات
 وحيث وقعت في حيز
 السؤال اشبه على موسى
 عليه السلام أن السؤال
 وقع عن الذات أو الصفة
 فجمع بينهما ليكون مجيباً
 على كل حال قال صاحب
 النهاية الى هذا أشار في
 الفوائد الظهيرية وفيه تظير
 لأن أهل البلاغة قالوا ان ما
 يسأل به عن وصف العقلاء

(ولو أرادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحث) وكذلك اذا أراد
 رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربه فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى عين فور وتفرد أبو
 حنيفة رحمه الله بظاهره ووجهه أن مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفاً ومبنى الايمان
 عليه (ولو قال له رجل اجلس فتغد عني قال ان تغديت فعبدي حر فخرج فرجع الى منزله وتغدى
 لم يحث) لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعوا اليه بخلاف
 ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئاً (ومن حلف لا يركب دابة فلان
 فركب دابة عبداً ما ذون له مديون أو غير مديون لم يحث)

بل مؤدى اللفظ ما ذكرنا وثبت خلافه للصارف العرفي ثم ذلك المؤدى اللفظي في مثل ان خرجت الا
 باذن والآن آذن لك لم يقع العرف بخلافه فوجب اعتباره كذلك (قوله ولو أرادت المرأة الخروج
 فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحث) وكذلك اذا أراد رجل ضرب عبده فقال له
 آخر ان ضربه فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى عين الفور وتفرد أبو حنيفة رضي الله عنه بظاهره
 وكانت اليمين في عرفهم قسمين مؤبدة وهي أن يحلف مطلقاً ومؤقتة وهي أن يحلف أن لا يفعل كذا
 اليوم أو هذا الشهر فأخرج أبو حنيفة رضي الله عنه عين الفور وهي عين مؤبدة لفظاً ومؤقتة معنى تنفيد
 بالحال وهي ما يكون جواباً للكلام يتعلق بالحال مثل أن يقال لا خر تعال تغد عني فيقول ان تغديت
 فعبدي حر فينفيد بالحال فاذا تغدى في يومه في منزله لا يحث لانه حين وقع جواباً تضمن إعادة ما في
 السؤال والمسؤال الغداء الحالى فينصرف الحلف الى الغداء الحالى لتقع المطابقة فلزم الحالى بدلالة الحال
 بخلاف ما لو قال ان تغديت اليوم فإنه يحث اذا تغدى في منزله من يومه لانه زاد على الجواب فيعتبر مبتدئاً
 لا يجيباً فيعمل بظاهر لفظه ويلغى ظاهر الحال والغاؤه أولى من الغاء لفظ صريح في معناه أو ما يكون بناء
 على أمر حالى كما رأيت في الخرج فحلف لا يخرج فاذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحث لان قصده
 أن يمنعها من الخروج الذي تهيأت له فكانه قال ان خرجت الساعة ومنه من أراد أن يضرب عبده
 فحلف عليه لا يضربه فاذا تركه ساعة بحيث يذهب فور ذلك ثم ضربه لا يحث لذلك بعينه وقال زفر رحمه
 الله يحث وهو قول الشافعي لانه عقد يمينه على كل غداء وخروج وضرب فاعتبر بالاطلاق اللفظي وهو
 القياس وجه الاستحسان ما ذكرنا والكلام فيما اذا لم يكن للحالف نية (قوله ومن حلف لا يركب
 دابة فلان) اعلم انه اذا حلف لا يركب دابة فلان انعقد على حماره وبغلته وفرسه فلوركب جله أو قبله

واله صالم تكن عاقلة سلمنا ولكن الافعال المستندة الى موسى عليه السلام لا تكون أو صافاً ولئن كنت لا تكون أو صافاً للعصا لم
 وأقول الزيادة على حرف الجواب لا تصرفه عن كونه جواباً بالنية وانما يجعل كلاماً مبتدئاً اذا كان نعمة مصرف يمكن حله عليه اعمالاً
 للزيادة كما في المسئلة وليس في الآية ذلك فلم يصرف عن كونه جواباً بل يلوح الى هذا قوله فيجعل مبتدئاً (قوله ومن حلف لا يركب دابة فلان)
 الدابة في اللغة كل ما يدب من الحيوانات أي يتحرك مشياً على وجه الارض قال الله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها
 (قوله ان ما يسأل بها الخ) أقول قال العلامة الشربف في شرح المفاتيح استعمال ما في السؤال عن وصف أولى العلم أو غيرهم كثير في اللغة
 اه ففي ما ذكره الشارح يحث (قوله ولئن كنت لا تكون أو صافاً للعصا) أقول وأنت خير بأنه لا مانع من التأويل بحيث تكون أو صافاً
 للعصا فليتنا مل

ويشلق الركوب بما يعين ما يركب منها ما إذا كالبقل والفرس والبعير والجماد والبقر والجاموس والفيال في القياس واستحسن العلماء في عقد البيع على ما يركب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير أخذ من قوله تعالى والخيل والبغال والحمير ليركبوها ذلك منه الركوب في هذه الأنواع الثلاثة فاما في الانعام فقد ذكر منفعة الاكل بقوله تعالى والانعام (٣٣) خلقها لكم الآية وبالعرف فانه اذا

قبل ركوب فلان دابة لم يفهم منه أحد أنه ركب البقر أو الفيل وان كان يركب في بلاد الهند الا اذا قوي جميع ذلك فيكون على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه واذا عرف هذا فن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة وهذا اذا لم ينو فاما اذا نوى وركب دابة العبد فحنث الا أنه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده أي فيما ملكه العبد المديون عند أبي حنيفة حتى لو أعتق عبد عبد له لا يعتق وتلحق بما ذكرنا المستثنى منه في قوله الا انه اذا كان عليه دين وهو القدر الذي أظهرناه وان كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينو لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا حيث يقال دابة عبد فلان ولم يقل دابة فلان وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فإله لمولاه فتختل الاضافة الى

عند أبي حنيفة رحمه الله الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينو لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا ان عرفا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال فهو للبائع الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال أبو يوسف في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد يحنث وان لم ينو لا اعتبار حقيقة الملك اذا الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

لم يحنث وان كان اسم الدابة لم يلبس على الارض لان العرف خصه بالركوب المعتاد والمعتاد هو ركوب هذه الأنواع الثلاثة فيستقيد به وان كان الجمل مما يركب أيضا في الاسفار وبعض الاوقات فلا يحنث بالجمل الا اذا نواه وكذا الفيل والبقر اذا نواه حنث والا لا وينبغي ان كان الخالف من البدو أن يعتد على الجمل أيضا بلانية لان ركوبها معتاد لهم وكذا اذا كان حاضرا باجمالا والمخالف على دابته جال دخل في عينه بلانية واذا كان مقتضى اللفظ انعقادها على الأنواع الثلاثة فلو نوى بعضها دون بعض بان نوى الجماد دون الفرس مثلا لا يصدق ديانة ولا قضاء لان نية الخصوص لا تصح في غير اللفظ وسيأتي تمامه في الفصل الذي بعده ولو حمل على دابته مكرها لا يحنث على وزان ما تقدم في أول الفصل ولو حلف لا يركب مراكبا ولا نية له حنث بكل مركب سفينة أو محمل أو دابة ولو ركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة الا أن ينوى دابة عبده فحنث به الا اذا كان على العبد دين مستغرق فانه لا يحنث حينئذ يركبها وان نوى دابة العبد أيضا لانه لا ملك للمولى فيه عند أبي حنيفة رحمه الله وأما انه لا يحنث بركوب دابة العبد وان لم يكن عليه دين أو كان لكنه غير مستغرق الا أن ينو به فلان الملك فيه وان كان للمولى لكنه عرضت اضافته الى العبد عرفا وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فإله للبائع الا أن يشترطه المبتاع وان باع بخلافه أبرت فثمرته للبائع الا أن يشترط المبتاع أخرجه الستة كاهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم فاختلفت اضافة المال الى المولى وان كان ملكا فقصرا لاطلاق عن تناوله الابالية وقال أبو يوسف في الوجوه كلها وهو ما اذا لم يكن عليه دين أو عليه مستغرق أو غير مستغرق يحنث اذا نواه فتحقق خلافه لابي حنيفة فيما اذا كان عليه دين مستغرق ونواه فان عند أبي حنيفة لا يحنث لعدم ملك السيد لما في يده وعند أبي يوسف هو مملوك للسيد وان استغرق فحنث بنيه وقال محمد يحنث في الوجوه الخمسة وهي ما اذا لم يكن عليه دين أو عليه دين مستغرق أو غير مستغرق نوى دابة العبد أو لم ينو لا اعتبار حقيقة الملك في الدابة المخالف عليها أي انعقدت عينه على كل دابة يملكها المخالف على دابته وما في يد المأذون ملك السيد وان كان مأذونا مستغرقا فيحقق الحنث بركوبها وقول محمد هو قول مالك والشافعي وأحمد والظاهر أن أبا حنيفة رحمه الله أسعد بالعرف هنا فانه يقال هذه دابة عبد فلان وذلك دابة سيده فينصرف اليه الى ما يضيفه العرف اليه لا الى ما يضيفه الملك اليه مع اضافة العرف اياه الى غيره وأقل ما يجب اذا نصرت هذه الدابة تضاف الى كل منهما أن لا ينعقد عليها الا بقصد ها لانه ان نظر الى اضافتها اليه انعقدت عليها وان نظر الى اضافتها الى غيره لم تنعقد عليه فلا ينعقد عليها الا أن ينو بها غير أنه يقول اذا كان دينه مستغرقا انقطعت الاضافة الى السيد بالكلية لانعدام الملك لان العرف ما كان يضيفه الى السيد مع

المولى فلا بد من النية وقال أبو يوسف يحنث في الوجوه كلها وهي ما اذا لم يكن عليه دين أو كان عليه دين غير مستغرق أو دين مستغرق اذا نوى ووجه ذلك ان دين العبد وان كان لا يمنع وقوع الملك للمولى عنده الا انه يضاف الى العبد فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من نية مطلق الاضافة الابالية وقال محمد يحنث في الوجوه كلها وان لم ينو لا اعتبار حقيقة الملك للسيد اذا الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

(قوله لا اعتبار حقيقة الملك) أقول وفيه بحث

باب اليمين في الاكل والشرب

فقد كرنا أن أول ما يحتاج اليه الانسان المسكن ثم (٤٤) الاكل والشرب وهذا الباب لبيان اليمين عليهما واعلم أن ما يصل الى الجوف

باب اليمين في الاكل والشرب

قال (ومن حلف لا يأكل من هذه التخله فهو على غيرها) لانه أضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه وهو التمر لانه سببه فيصلح مجازا عنه لكن الشرط أن لا يتغير بصلته جديدة حتى لا يحنت بالنبيذ والخل والديس المطبوخ

اضافته الى العبد الا باعتبار ملكه فاذا انتفى انتفى

باب اليمين في الاكل والشرب

أعقبه الخروج لان الخروج من المنزل راد لتحصيل ما به بقاء البنية من الماء كالأكل والمشرب اليه الاشارة بقوله تعالى فامتنوا في مناكبها وكلوا من رزقه على ما يقال والاكل ا يصل ما يتأتى فيه المضغ الى الجوف وان ابتاعه بلامضغ والشرب ا يصل ما يتأتى فيه المضغ كالماء والبن والنبيذ هكذا في التجر يدوز كرزند ويستى أن الاكل عبارة عن عمل الشفاء والخلق والذوق عبارة عن عمل الشفاء دون الخلق والابتلاع عبارة عن عمل الخلق دون الشفاء والمص عبارة عن عمل اللهاة فعلى هذا لو كان في شيء حلف لا يأكل فابتاعه ينبغي أن لا يحنت وفي فتاوى أبي الليث ما يدل على انه يحنت وهو الصواب اذ لا شك في انه أكل اذا كان مما مضغ على تفسيره با يصل ما بحيث يضرغ الى الجوف ولا شك أن قوله عمل الشفاء انما يراد حر كتهافوه في الكل ويلزم أن يحنت بيلع ما كان في فيه لانه لا بد من حركة شففيه وهذا لانه لا يمكن أن يراد من عمل الشفاء هشمها والحق أن الذوق عمل الفم لمجرد معرفة الطعم وصل الى الجوف أولا قيل فكل أكل ذوق وليس كل ذوق أكل فلا يكون بينهما عموم مطلق ولا يخفى أن الاكل اذا كان ا يصل ما بحيث يهشم لم يكن عمل الفم معتبرا في مفهومه وان كان قد يتحقق معه فقد لزم أن بينهما عموم من وجه فيجتمعان في ا يصل ما هشم فان الهشم عمل الفم أعنى الحسكين وينفرد الذوق فيما لم يصل والاكل فيما ابتلع بلامضغ مما بحيث يضرغ ولا يعرف طعمه الا بالمضغ كقلب اللوز والجوز لكن في المحيط حلف لا يذوق أكل أو شرب يحنت ولو حلف لا يأكل أو لا يشرب لا يحنت بالذوق وما روى هشام حلف لا يذوق فيمينه على الذوق حقيقة وهو أن لا يصل الى جوفه الا أن يتقدمه كلام يدل عليه فحو أن يقول تعالى تغذي فحلف لا يذوق معه طعاما وشرا با فهذا على الاكل والشرب يدل على أن عدم الوصول الى الجوف مأخوذ من مفهوم الذوق فعلى هذا ينبغي أن لا يحنت بالاكل في الحلف على الذوق والذي يغلب ظنه أن مسئلة المحيط براديه الاكل المقترن بالمضغ أو البلع لما لا يتوقف معرفة طعمه على المضغ لانه لا يقطع بان ابتلاع قلب لوزة لا يقال فيه ذاق اللوز ولا يحنت ببلعها واذا حلف لا يأكل شيئا مما لا يتأتى فيه المضغ فخلطه بغيره مما يؤكل فأكله معه حنت ولو عني بالذوق الاكل لم يصدق في القضاء ولو حلف لا يأكل عسبا أو رمانا فجعل عتصه ويرى نفسه ويتلغ المتحصل بالمص لا يحنت لان هذا ليس أكلا ولا شربا بل مص ولو حلف لا يأكل كل لبنا فشربه لا يحنت ولو تردد فيه فأوصله الى جوفه حنت ولو حلف لا يشرب لبنا فترد فيه فأكله لا يحنت ولو شربه حنت قبل هذا اذا حلف بالعربية أما اذا حلف بالفارسية فانه يحنت مطلقا وهو الصحيح لان كلامنا الاكل والشرب يسمى خردن فاذا قال نبي خرم بلانية صدق عليه ما في حنت بكل منهما وهذا حق وعليه الفتوى ولو حلف لا يأكل هذا الرغيف فحففه وودقه ثم مرسه بالماء فشربه لا يحنت ولو أكله ميسلا حنت والسويق اذا شربه بالماء يكون شربا لا أكلا فان بله بالماء فأكله حنت (قوله ومن حلف لا يأكل من هذه التخله فهو على غيرها) بالثلثة أي ما يخرج منها لانه أضاف اليمين الى ما لا يؤكل ومثله لا يحلف على عدم

الانسان لا يخلو عن أربعة أو خمسة ما كول ومشروب ومخصوص وملعوق فالأكل كول ما يتأتى فيه المضغ والهشم لا الموضوع حتى لو ابتلع ما يتأتى فيه المضغ من غير مضغ يسمى أكلا والمشروب ما لا يتأتى فيه ذلك فلو حلف لا يأكل لبنا فشربه لا يحنت ولو حلف لا يشربه فترد فيه وأكل لا يحنت والمخصوص هو ما يحصل بعلاج اللهاة فلو حلف لا يأكل عسبا أو رمانا فضرغه ويرى نفسه وابتلع ماء لم يحنت لافي الاكل ولا في الشرب والملعوق هو ما يتأول بالحس بالاصبع والشفاء اذا عرف هذا رجعنا الى ما في الكتاب فقوله فهو على غيرها يعني اذا كانت لها غمرة وأما اذا لم يكن فاليمين تقع على غيرها لانه أضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه لان الحقيقة اذا تعذر بصر الى المجاز وما يخرج منه صالح لكونه مجازا لانه أي ما لا يؤكل سببه فينصرف الى ما يخرج منه وذكر السبب واردة المسبب مجازا شائع ولكن بشرط أن لا يتغير بصلته جديدة لان ما يصنع من ذلك التمر ليس بتمر فلا يحنت بالنبيذ والخل والديس المطبوخ وقيل بالمطبوخ وان كان الديس

لا يكون الا مطبوخا احترازاعما اذا طاق اسم الديس على ما يسيل من الرطب كما ذكره في بعض المواضع من الذخيرة وغيره أكله (قوله لان ما يصنع من ذلك التمر ليس بتمر) أقول لو صح هذا لزم أن لا يحنت بأكل ما يسيل من الرطب لانه ليس بتمر أيضا

وقوله (ومن حلف لا يأكل من هذا البسر) ظاهر وكلامه يشير إلى قاعدة هي أن اليمين إذا انعقدت على عين بوصف يذعن ذلك الوصف إلى اليمين فيتقيد اليمين ببقاء ذلك الوصف فينزل منزلة الاسم ولذلك لا يحث (٤٥) من حلف لا يأكل من هذا البسر

أو الرطب أو اللبن فتغير ذلك الوصف بصيرورة البسر رطباً والرطب غراً واللبن شيرازاً وهو الذي استخرج مأوه فصار كالفاوذج الخاثر فان قيل فعلى هذا إذا

حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ماشاخ ينبغي أن لا يحث لأن الصبي بمطنة السفه والشباب شعبة من الجنون فكانا وصفين داعيين إلى اليمين وقد زالا عند الشخوخة فكان الواجب أن لا يحث أجاب بقوله وهذا بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي الخ ووجهه أن القاعدة المذكورة تقتضي ذلك لكن الشرع أسقط اعتبارها لأنه نهى عن هجران المسلم بمنع الكلام قال صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا الحديث والمهجور شرعاً كالمهجور عادة فانهقدت اليمين على الذات وهي موجودة حاله الشخوخة فيحث في عينه واعتراض على دليل الكتاب بأنا سلمنا أن هجران المسلم حرام لكن الحرام يقع محلوقاً عليه كالوفاة والله ليس من اليوم خيراً وأجيب بأن

(وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطباً فأكله لم يحث وكذا إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب أو من هذا اللبن فصار غراً أو شيرازاً لم يحث) لأن صفة البسورة والرطوبة داعية إلى اليمين وكذا كونه لبناً فيتقيد به ولأن اللبن مأكل فلا ينصرف اليمين إلى ما يتخذ منه بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ماشاخ لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي داعياً في الشرع

أكله لأنه ممنوع إلا قبل اليمين فيلغوا الحلف فوجب التحصيص كلام العاقل صرفها إلى ما يخرج منها يجوزاً باسم السبب وهو الخل في السبب وهو الخارج لأنها سبب فيه لكن لا تغير بصنع جديد فلا يحث بالتبذير والخل والناطف واللبن المطبوخ واحتزبه عن غير المطبوخ وهو ما يسيل بنفسه من الرطب وهو الذي يسمى في عرفنا صقر الرطب فإنه يحث بالرطب والتمر والبسر والرايح والجار والطلع وهذا لأن ما توقف على الصنعة ليس مما خرج مطلقاً ولذا عطف عليه في قوله تعالى لا يأكل من ثمره وما علمته أيديهم وقيل لأن ما تحصل بالصنعة ليس مما خرج ابتداءً من الخلعة ومن لا ابتداء الغاية وكل ما يخرج على وجه الابتداء انعقد عليه يمينه ولا يخفى أن من المذكورة في كلامه داخل على الخلعة تبعيضاً لا ابتداءً نعم من المذكورة في التأويل أعني قوله لا يأكل مما يخرج من الخلعة ابتداءً وهو غير مذكور وكلمه اعتبر كالمذكور ومثله حلف لا يأكل من هذا الكرم فهو على عنبه وحصره وزبيبه وعصيره وفي بعض المواضع دبسه والمراد عصيره فإنه ماء العنب وهو ما يخرج بلا صنع عند انتهاء نضج العنب ولأنه كان كامناً بين القشر بخلاف ما لو حلف لا يأكل من هذا العنب لا يحث بزبيبه وعصيره لأن حقيقة ليست مهجورة فيتعلق الحلف بعنب العنب ثم انصرف اليمين إلى ما يخرج في الحلف لا يأكل من الشجرة فيما إذا كان لها ثمرة فإن لم يكن لها ثمرة انعقدت على غنها فيحث به أي إذا اشترى به ما كولا (فرع) حلف لا يأكل من هذه الشجرة فقطع غصنها ثم أوصله بشجرة أخرى فأكل من ثمرة تلك الشجرة من هذا الغصن لا يحث وقال بعضهم يحث (قوله) وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطباً فأكله لم يحث وكذا إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب فصار غراً أو من هذا اللبن فصار شيرازاً أي رائباً وهو الخاثر إذا استخرج مأوه فأكله (لا يحث) لأن الأصل أن المحلوف عليه إذا كان بصفة داعية إلى اليمين تقيد به في المهرق والمنكر فإذا زال زال اليمين عنه وما لا تصلح داعية اعتبر في المنكر دون المهرق وصفة البسورة والرطوبة مما قد تدعو إلى اليمين بحسب الامتزجة وكذا صفة اللبنة فإذا زالت زال ما عقد عليه اليمين فأكله كل ما لم تنعقد عليه ويخص اللبن وجه ذكره بقوله ولأن اللبن مأكل فلا ينعقد الأعلى عنبه لأعلى ما يصير إليه لأن الحقيقة غير مهجورة فلا يحث بشيرازه ولا بسمنه وزبده بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ماشاخ لأن هجران المسلم بمنع الكلام معه منهي عنه فلم يعتبر ما يخال داعياً إلى اليمين من جهله وسوء أدبه إذا كان الشارع منعاً من هجران المسلم مطلقاً مع علمه بأن الداعي قد يكون كذا وكذا فوجب الاتباع ونظيره بأن الهجران قد يجوز أو يجب إذا كان لله بأن كان يتكلم بما هو معصية أو يخشى فتنة أو فساد عرضه بكلامه فلا نسلم أن الشارع منع الهجران مطلقاً حيث حلف لا يكلمه لا يحكم إلا أنه وجد المسوغ وإذا وجد اعتبر الداعي فتقيد به بما هو شبيهه ونذكر ما فيه في المسئلة التي تليها

الكلام في أن الحقيقة يجوز أن تترك بهجران الشرع فيما إذا كان الكلام محتملاً للجاز جلالاً أمر المسلم على الصلاح وأما أن اليمين تنعقد على الحرام المحض فلا كلام فيه

وقوله (ومن حلف لا يأكل لحم هذا الجمل) ظاهر قال (ومن حلف لا يأكل بسرا) هذه المسئلة على أربعة أوجه إذا حلف لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنب بكسر النون وهو ما بدا الارطاب من قبل ذنبه وهو ما سفل من جانب القمع والعلاقة وتفسيره هو الذي عامته بسرا وفيه شيء من الرطب حنث في عيینه في قولهم وكذا (٤٦) إذا حلف لا يأكل رطبا مذنباً وهو الذي عامته رطب وفيه شيء من البسر حنث في

قواهم ولو حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا فيه شيء من البسر حنث في قول أبي حنيفة وقال لا يحنث ولو حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا فيه شيء من الرطب حنث عنده خلافاً لهما على رواية الكتاب وذكر في الايضاح وشروح الجامع الصغير قول محمد بن أبي حنيفة في أنه يحنث في هاتين الصورتين وقال صاحب النهاية والله أعلم بحسنه لهما ان الرطب المذنب يسمى رطبا فإذا حلف لا يأكل بسرا أو أكل الرطب المذنب فقد أكل الرطب لا البسر فلا يحنث وكذلك بالعكس وصار كما إذا حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا مذنباً لا يحنث (وله أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسرا والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب) فيحنث في صورتين وإن كان أحدهما غالباً والآخر مغلوباً ألا ترى أنه لو ميزه فأكله حنث بالاتفاق فكذا إذا أكله مع غيره واستشكل بما إذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء غالب فشربه لم يحنث وإن شرب

(ولو حلف لا يأكل لحم هذا الجمل فأكل بعد ما صار كبشاً حنث) لأن صفة الصغر في هذا ليست بداعية إلى اليمين فإن الممتنع عنه أكثر امتناعاً عن لحم الكبش قال (ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث) لأنه ليس بسرا (ومن حلف لا يأكل رطبا أو بسرا أو حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فأكل مذنباً حنث عند أبي حنيفة وقال لا يحنث في الرطب) يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لأن الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا فصارت كما إذا كان اليمين على الشراء وله أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسرا والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود في ألاكل بخلاف الشراء لأنه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير (ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى بكاسة بسراً فيها رطب لا يحنث) لأن الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع (ولو كانت اليمين على ألاكل يحنث) لأن ألاكل يصادف شيئاً فشيئاً فكان كل منهما مقصوداً وصار كما إذا حلف لا يشتري شعيراً أو لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير أو أكلها يحنث في ألاكل دون الشراء لما قلنا

(قوله ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الجمل فأكل منه بعد ما صار كبشاً حنث) لأن صفة الصغر في هذا ليست بداعية إلى اليمين فلا تنقيده فأنعقدت على ذاته فيحنث به كبشاً لوجود ذاته فيه وإنما قلنا ليست بداعية لأن الصغر داع إلى ألاكل إلى عدمه فالممتنع عنه مع صلوحه أشد امتناعاً عنه كبشاً وفي هذا نظر لأن الجمل ليس محموداً في الضأن لكثرة رطوبته وزيادة حتى قيل فيه النحس بين الجيدين بخلافه كبشاً فإن لحمه حنفشاً كثرة قوة وتقوية للبدن لقلة رطوبته فصارت كالحلف لا يأكل من هذا الرطب فأكله ثم ألا يحنث وأعلم أن إيراد مثل هذا وما قبله في مسألة لأكله هذا الصبي ذهول عن وضع هذه المسائل ونسيان أنها بنيت على العرف فيصرف اللفظ إلى المعتاد في العمل والعرف في القول وإن المنكلم لو أراد معنى تصح إرادته من اللفظ لا يمنع منه ففي مسألة الجمل العموم يفضاونه وهو عندهم غذاء في غاية العلاج وما يدرك نحسه إلا أفراد عرفوا شيئاً من الطب فوجب بحكم العرف إذا لم يكن له نية أن يصرف اليمين إلى ذات الجمل لأنه لما كان صالحاً في الغاية عند العموم لا يحكم على الفرد من العموم أنه على خلافهم فينصرف حلفه إليهم فيلزم أن لا تعتبر الجملة قيداً وكذا الصبي لما كان موضع الشفقة والرحمة عند العموم وفي الشرع لم يجعل الصبا داعية إلى اليمين في حق العموم فينصرف إلى ذاته وهذا لا ينبغي كون حالف من الناس عرف عدم طيب الجمل وسوء أدب صبي علم أنه لا يردعه إلا ترك الكلام معه أو علم أن الكلام معه يضره في عرضه أو دينه فعد عيینه في الأول على مدة كونه حلاً وفي الثاني على مدة صباه فأنقول لو أراد حالف تنقيده بالجملة والصبا بمنعهم وصرفنا عيینه حيث صرفها وانما الكلام إذا لم ينو شيئاً فأنما يسلك به ما عليه العموم أخطوا فيه أو أصابوا فليكن هذا منكيباً لئلا تذكرك تدفع به كثيراً من أمثال هذا الغلط الموردة على الأئمة (قوله ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث لأنه ليس بسرا) واليمين انعقدت على خصوص صفة البسرية لما ذكرنا أنها داعية لليمين (قوله ومن حلف لا يأكل بسرا أو رطبا أو حلف لا يأكل بسرا ولا رطبا فأكل بسرا مذنباً) بكسر النون وهو ما بدا الارطاب من ذنبه (حنث عند أبي حنيفة وقال لا يحنث) هكذا ذكر المصنف الخلاف وأكثر كتب الفقه المعتمدة مثل المبسوط وشروحه وكافي الخاكم وشرح الطحاوي والاستيعاب وشروح الجامعين والايضاح والاسرار والمنظومة وغيرها مما يغلب ظن خطأ خلافة

المخالف عليه وزيادة وأشار المصنف إلى الجواب عنه بقوله (وكل واحد مقصود في ألاكل) يعني بخلاف صورة اللبن فإن اللبن ذكر لما صب فيه الماء شاع وما ع في جميع أجزاء اللبن فصار مستهلكاً ولهذا لا يرى مكانة فلم يكن كل واحد منهما مقصوداً بالشرب وقوله (بخلاف الشراء) جواب عن قياسهما صورة النزاع على الشراء وهو ظاهر وقوله (ولو حلف لا يشتري رطبا) كالبيان للمسئلة المتقدمة وهو ظاهر

(ومن حلف لا بيا كل لحافا كل لحم السمك لا يحنت) والاصل فيه أن اللفظ اذا تناول أفرادا وفي بعضها نوع قصور لا يدخل القاصر تحته ولحم السمك فيه قصور لان اللحم من الالتحام والاشتداد بالاشتداد بالدم والدم في السمك ضعف وقال المصنف لادم فيه جعله بمنزلة المعدوم لكونه يسكن الماء فكان معنى اللحم قاصرا فيه فلا يدخل تحت (٤٧) اللفظ المطابق وموضعه أصول الفقه (وان أكل كل

لحم خنزير أو انسان حنت لانه لحم حقيقي الا أنه حرام واليمين قد تعقد للنع من الحرام) واعترض بأن الكفارة فيها معنى العبادة فلا يناط وجوبها بما هو حرام محض وأكل كل لحم الخنزير والانسان حرام محض فكيف يتعلق وجوبها به وأجيب بأن هذه مغالطة لان الكفارة يجب بعد عين نقض بالحنث وقد وجدت وكون الحنث بأمر مباح أو حرام لا مدخل له في ذلك أشار الى هذا قوله واليمين قد تعقد للنع من الحرام

قال المصنف (وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشؤه من الدم ولادم فيه لسكونه في الماء) أقول فيكون قاصرا في اللحمية والقاصر بعامل بها معاملة المجاز لا أن يكون مجازا قال المصنف (وان أكل لحم خنزير أو لحم انسان يحنت) أقول قال صاحب السكافي وذكر الزاهد في العنابي لا يحنت وعليه الفتوى اه قوله وعليه الفتوى من كلام صاحب السكافي فافهم قال الزيلعي فكأنه اعتبر العرف ولكن هذا عرف على فلا يصلح مقيدا بخلاف

العرف اللفظي ألا يرى أنه لو حلف لا يركب دابة لا يحنت بالركوب على انسان العرف اللفظي فان العرف لفظا لا يتناول الا الكراع وان كان في اللغة يتناوله ولو حلف لا يركب حيوانا حنت بالركوب على الانسان لان اللفظ يتناول جميع الحيوان والعرف العملي وهو انه لا يركب عادة لا يصلح مقيدا اه العرف العملي يصلح مقيدا عند مشايخ بلخ كما ذكر في كتب الأصول في مسئلة اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز منعازا

(ومن حلف لا بيا كل لحافا كل لحم السمك لا يحنت) والقياس أن يحنت لانه يسمى لحافا في القرآن وجه الاستحسان أن التسمية مجازية لان اللحم منشؤه من الدم ولادم فيه لسكونه في الماء (وان أكل كل لحم خنزير أو لحم انسان يحنت) لانه لحم حقيقي الا أنه حرام واليمين قد تعقد للنع من الحرام

ذكر فيها قول محمد مع أبي حنيفة رحمه الله وصور المسئلة أربع اتفاقيتان وهما ما اذا حلف لا بيا كل رطباً فكل رطباً مذبذباً وما اذا حلف لا بيا كل بسر فكل بسر مذبذباً فانه يحنت في هاتين اتفاقاً وخلافيتان وهما ما اذا حلف لا بيا كل رطباً فكل رطباً مذبذباً وما اذا حلف لا بيا كل بسر فكل بسر فكل رطباً مذبذباً فانه يحنت في هاتين عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لابي يوسف وجه قول أبي يوسف أن السر المذبذب لا يسمى رطباً لان الرطب فيه مقلوب وأن الرطب الذي فيه شيء من البسرية لا يسمى بسر فكل رطب يفعل المحلوف عليه فلا يحنت وكذا لا يحنت في شرائهم ما يحلونه لا يشتري بسر أو رطباً ووجه قوله ما أن كل ذلك الموضع هو أكل رطب وسر فيحنت به لا بالكل وهذا لان أكل كل جزء مقصود لانه يعضغ ويلع بعضغ وابتلاع بخصه فلا يتبع القليل منه الكثير بخلاف الشراء فانه يتعلق بحملة المشتري منها فيكون القليل فيه تبعاً للكثير وكذا لو حلف أن لا يشتري رطباً فاشترى بكاسة بسر فيها رطب لا يحنت لان الشراء صادف المجموع فكان الرطب تابعا وكذا لو حلف لا بيا كل شعيراً فكل حنطة فيها شعير حبة حنت وان حلف على الشراء لم يحنت ذكره الشهيد في كافيه وقد يقال أولاً التعليل المذكور يقتصر على ما فصله فأكله وحده أما لو أكل ذلك المحل مخلوطاً ببعض البسر تحققت التبعية في الأكل وثانياً هو بناء على انه مقادير اليمين على الحقيقة لا العرف والافعال رطب الذي فيه بقعة بسر لا يقال لا كله أكل بسر في العرف فكان قول أبي يوسف أقعد بالمبنى والله أعلم (قوله ومن حلف لا بيا كل لحافا الخ) تنه قد عذبه اليمين على لحم الابل والبقر والجاموس والغنم والطيور مطبوخاً ومشوياً وفي حنثه بالنسبة خلاف الاظهر لا يحنت وعند الفقيه أبي الليث يحنت فلو أكل لحم السمك لا يحنت والقياس أن يحنت وهو رواية شاذة عن أبي يوسف لانه سمي لحافاً في القرآن قال تعالى لنا كلوا منه لحافاً طرياً أي من البحر وهو السمك وبه استدلل سفيان لمن استفتاه فبين حلف لا بيا كل لحافاً كل سمك فرجع الى أبي حنيفة فأخبره فقال ارجع فاسأله فبين حلف لا يجلس على بساط يجلس على الأرض فسأله فقال لا يحنت فقال أليس قال تعالى والله جعل لكم الأرض بساطاً فقال له سفيان كأنك السائل الذي سألتني أمس فقال نعم فقال سفيان لا يحنت في هذا ولا في الأول فرجع عن ذلك القول وظهر أن تمسك أبي حنيفة بما هو بالعرف لا بما ذكره المصنف في وجه الاستحسان أن التسمية التي وقعت في القرآن مجازية لا حقيقة لان اللحم منشؤه من الدم ولادم في السمك لسكونه الماء ولذا حل بلاذ كاه فانه ينقض بالالبسة فانها تنعقد من الدم ولا يحنت بأكلها لكان العرف وهو أنه لا يسمى لحافاً لا تذهب أو هام أهل العرف اليه عند اطلاق اسم اللحم ولذا لو قال اشترى لحافاً اشتري سمكاً عند مخالفاً وأيضاً يمنع أن اسم اللحم باعتبار الانعقاد من الدم بل باعتبار الالتحام والايمن لا يتبقي على الاستعمال القرآني ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة فركب كافراً أو لا يجلس على وتد فجلس على جبل لا يحنت مع تسميتهما في القرآن دابة وأوتاداً وهذا كله اذا لم ينو أما اذا نواه فأكل سمكاً طرياً أو ما لحا حنت **فرع** لو حلف لا بيا كل لحافاً كل من مرفه لا يحنت الا اذا كان نواه **قوله** وان أكل لحم خنزير أو لحم انسان يحنت) لانه لحم حقيقة الا أنه حرام واليمين تنعقد على الحرام منعاً

(وكذا اذا أكل كبدا أو كرشا) لانه لحم حقيقة فان غثوه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنت لانه لا بعد لحما (ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري شحما لم يحنت الا في شحم البطن عند أبي حنيفة وقال لا يحنت في شحم الظهر أيضا) وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله أنه لحم حقيقة ألا تراه أنه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنت بأكله في اليمين على أكل اللحم ولا يحنت ببيعه في اليمين على بيع الشحم

وجلا وان وجب في الحل أن يحنت بخلاف النذر للنص لا ندر في معصية الله تعالى ولما كان يرد عليه أن الإيمان تنبئ على العرف ولا تذهب الاوهام في أكل اللحم الى أكل لحم الأدمي والخنزير وان سمي في العرف لحم الأدمي لحما وكذا لحم الخنزير لان الواجب العرف في قولنا أكل فلان لحما كما فعلنا في لا يركب دابة فلان اعتبر العرف في ركوب فان المتبادر منه ركوب هذه الأنواع فقيدها ركوب المحلوف عليه به ثم نقل العتاي خلافة فقال قيل الخالف اذا كان مسلما ينبغي أن لا يحنت لان أكله ليس بمتعارف ومبنى الإيمان على العرف قال وهو الصحيح وفي الكافي عليه الفتوى وما قيل العرف العمل لا يقيد اللفظ غير صحيح وقد قدمناه في نكاح الفضول رد على المصنف هناك وأورد أن الكفارة فيها معنى العبادة فكيف يجب بفعل هو حرام محض وأجيب بأن الحل والحرمة انما يراعيان في السبب والسبب في وجوب الكفارة اليمين وان كان متعلقا باليمين والحنث وانما علق بهما حتى لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث وان كان السبب هو اليمين وحده ليكون سبب الكفارة موصوفا بالاباحة والحرمة الاباحة لليمين والحنث للحنث وهذا انصراف عن المذهب المجمع على نقله من أن السبب هو الحنث وكونه اليمين مذهب الشافعي والقاء الشرع عليه وكان يغني عن التمسك في إثباته فيما تقدم تسليم أن اليمين سبب ولكننا شرطنا لوجوب الكفارة الحنث لما ذكر وحينئذ لا خلاف يشاؤون بينهم ووجب بطلان ما اتفقوا عليه في الجواب من أن الاضافة في كفارة اليمين الى الشرط لا الى السبب وكل هذا بسبب التزام أن الكفارة في اليمين لسر الجنابة الثابتة بالحنث ونحن جعلناها جبر الحرمة اسم الله تعالى الفاتنة بالحنث معصية كان الحنث أو طاعة واجبة أو مندوبة وهذا لان الحنث اذا كان واجبا استحالة أن يكون حراما وما يظن من أنه يصح واجبا حراما من وجهين توهم والا فمعنى الواجب والحرام ما تعلق به خطاب الشرع نهيا عنه وطلبه فكيف يكون بعينه مطلوب العدم مطلوب الاجاد في وقت واحد فليس ذلك الاوهما من الاوهام ومثله في كفارة الاحرام تثبت ولا جنابة اذا كان مريضا أو به أذى من رأسه (قوله وكذا اذا أكل كبدا أو كرشا) أورثه أو قلبا أو طحا لا يعني يحنت لان غثوه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنت لانه لا بعد لحما قال في الخلاصة هذا في عرف أهل الكوفة وفي عرفنا لا يحنت ودكره في المحيط أيضا ولو أكل الرأس والا كارع يحنت وبه قال الشافعي في الاصح ولا يحنت بأكل الشحم والالبسة الا اذا نواه في اللحم بخلاف شحم الظهر يحنت به بلا نسبة لانه تابع للحم في الوجود ويقال في العرف لحم سمين (قوله ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري شحما لم يحنت الا في شحم البطن عند أبي حنيفة وقال لا يحنت في شحم الظهر وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار) فلزم كونه من نفس مسماء ولذا استثنى في قوله تعالى حرمتا عليهم شحومهما الا ما حلت ظهورهما فبحنت به (وله أنه لحم حقيقة لانه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم) في اتخاذ ألوان الطعام والقلايا فيجعل قطعاً ويلقى فيها لبؤ كل أكل اللحم ولا يفعله ذلك بالشحم (وتحصل به قوته ولهذا يحنت بأكله في اليمين على أن لا يأكل اللحم ولا يحنت ببيعه في اليمين على أن لا يبيع شحما) والقاطع بنى قوله ما أن العرف لا يفهم من اسم الشحم الا ما في البطن وهو الذي يسمى بآتعه شحما ما في العرف وبائع ذلك يسمى لحما والإيمان

قوله (وكذا اذا أكل كبدا)
ظاهر

وقيل هذا بالعربية فاما اسم يسه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال (ولو حلف لا يشتري أو لا يأكل
لحم أو شحم فاشترى البية أو أكلها لم يحنت) لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم

لا تبنى على الاسماء الشرعية فلا يضر تسميتها شحما في آية الاستثناء وقول بعض الشارحين شحم
الظهر اما البية أو لحم أو شحم لا قائل انه البية وليس بلحم لانه يذوب دون اللحم وأيضا يقال له شحم الظهر
لالحم الظهر فتعين أنه شحم فيحنت بأكله بعد ما ذكرنا لا يفيد على أن يمنع كونه ليس بلحم والاستدلال
عليه بأنه يذوب معارض بأنه يستعمل استعمال اللحم كما ذكرنا وبه يلزم كون الذوب ليس لازما مختصا
واللوازم جاز كونها مساوية للزومها وكونها أعم منه فتشترك الأنواع المتباينة في لازم واحد فيجاز كون
الذوب يتحقق فيما ليس بلحم وفي بعض ما هو لحم ولا ضرر في ذلك وكذا منع أنه لا يقال له لحم الظهر بل
نقطع أنه يقال له لحم سمين ولو قيل هذا لحم الظهر أو من الظهر لم يعد مخطئا ولذا صح غير واحد قول أبي
حنيفة وذكر الطحاوي قول محمد مع أبي حنيفة وهو قول مالك والشافعي في الأصح وما في الكافي
من قوله فصارت الشحوم أربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الأمعاء وشحم
البطن ففي شحم البطن يحنت بالاتفاق والثلاثة على الاختلاف لا يخلو من نظر بل لا ينبغي خلاف
في عدم الحنت بمافي العظم قال الامام السرخسي ان أحد ألم يقل بأن غم العظم شحم اه وكذا لا ينبغي
خلاف في الحنت بمافي الأمعاء لانه لا يختلف في تسميته شحما (قوله وقيل هذا) أي الخلاف فيما اذا
قال بالعربية فاما اسم يسه بالفارسية فلا يقع على شحم الظهر بحال فلا يحنت اذا عقد بالفارسية بأن
قال غمى خرم يسه ثم أكل شحم الظهر (قوله ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري لحم أو قال شحما فاشترى البية
أو أكلها لم يحنت لانه نوع ثالث لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم) والحق انه لا يحنت به في حلفه
على اللحم خلافا لبعض الشافعية ولا في عين الشحم خلافا لاجد العرف والعادة واما انه لا يستعمل
استعمال الشحم ففيه نظر الآن براد جميع استعمالاته (فروع) حلف لا يأكل لحم شاة فأكل
لحم عنز يحنت وقال أبو الليث لا يحنت مصريا كان الحالف أو قرويا وعليه الفتوى لتغير العرف
فيه ولو حلف لا يأكل لحم بقرة فأكل لحم الجاموس يحنت لافي عكسه لانه نوع لا يتناول الا عام وفي
فتاوى قاضيه خان ينبغي أن لا يحنت في الفصلين لان الناس يفرقون بينهما ولو حلف لا يأكل
طعاما سماه فضة حتى دخل جوفه شيء من مائه ثم ألقاه لا يحنت ولو فعل هذا في الغنم فازدرد
فان رمى القشر والحب وابتلع الماء لا يحنت وان رمى قشره فقط وابتلع الماء والحب حنت لانه أكل
الاكثر ولو حلف لا يأكل شيئا من الحلوى فأكل من الحلوى من الخبيص أو العسل أو السكر
أو الناطف حنت ذكره في الأصل قال الامام النسفي في شرح الشافعي هذا في عرفهم أما في عرفنا
لا يحنت بالعسل والسكر والخبيص ولو حلف لا يأكل ملحافا كل طعاما ملحافا يحنت كما لو حلف لا يأكل
الفلفل فأكل طعاما فيه فلفل ان وجد طعام الفلفل يحنت والفقير يفرق بين الملح والفلفل في الفلفل
يحنت لان عينه غير مأكول فينصرف اليه الى ما يتخذ فيه بخلاف الملح فلا يحنت ما لم يأكل عينه
مفردا أو مع غيره الا اذا كان وقت الحلف دلالة على صرفه الى الطعام الملح ويقول الفقير يفتي وفي
الخلاصة فيمن حلف لا يأكل من ملح ختنه فأخذ ماؤه لها وجعلها في العجين لا يحنت لانه تلاشى ولو
حلف لا يأكل لبنا فطبخ بارزفا كاه ذكر النسفي لا يحنت وان رؤيت عينه ولم يجعل فيه ماء وفي مجموع
النوازل اذا كان يرى عينه ووجد طعامه يحنت ولو حلف لا يأكل زعفرانا فأكل كعكا على وجهه
زعفران يحنت ولو حلف لا يأكل هذا السمين فجعله خبيصا فأكله يحنت الا اذا وجد طعامه ولم ير عينه
فلا يحنت وكذا على هذا التمر اذا حلف لا يأكله فجعله عصيدة فأكلها لا يحنت وفي أكل هذا السكر
لا يحنت بمائه ولا يأكل لحم اشتريه فلان فأكل من لحم سحلة اشتراها فلان لا يحنت وعلى أن ليس

(ومن حلف لا بيا كل من هذه الخطة لم يحنث حتى يقضيهما ولو أكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة وقالوا إن أكل من خبزها حنث أيضا) لأنه مفهوم منه عرفا ولا بى حنيفة إن له حقيقة مستعملة فأنما نقل وتغلي وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الأصل عنده ولو قضيهما حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الإشارة بقوله في الخبر حنث أيضا

وقوله (ومن حلف لا يأتى كل
من هذه الحنطة لم يحث
حتى يقضها) والقض
الاكل بأطراف الاسنان
من باب لبس وانما وضع
المسئلة في الحنطة المعينة
لانه اذا عقد عينه على كل
حنطة لابعينها ينبغى أن
يكون الجواب على قول أبي
حنيفة كالجواب عندهما
قال في النهاية هكذا ذكر
شيخ الاسلام في أيمان الاصل
وهذه المسئلة على الوجه
أحدها أن لا يأتى كل جبان
هى فأكل من خبزها أو
سويقها لا يحث بالاتفاق
لانه أراد حقيقة كلامه
فتقيدها باليمين بها والثانى
أن ينوى أن لا يأتى كل ما يتخذ
منها لا يحث بأكل عينها
كذلك والثالث أن لا يكون
له نية فأكل من خبزها لم
يحث عند أبي حنيفة خلافا
لهمما والوجه من الجانبين ما
ذكره في الكتاب ومبناه على
أن الحقيقة المستعملة عنده
أولى من المجاز المتعارف
وعندهما بالعكس وموضعه
أصول الفقه

في بيته مرفقة وهي في بيته قاملة لا بعدها اذا علم بها أو كثيرة فاسدة لا يحنت ولا يأكل من هذا القدر وقد
غرف منه شيء قبل اليقين لا يحنت بأكله كالموضحة المحلوف على طعامها ما طبخه غيرها وفي التجريد
قبل اسم الطبخ يقع بوضع القدر لا بإيقاد النار وقبل لو أوقد غيرها فوضعت هي القدر لا يحنت اه وفي
عرفنا ليس واضع القدر طباخا قطعاً ومجرد الإيقاد كذلك ومثله يسمى صبي الطباخ يعني معينه
والطباخ هو المركب بوضع التوابل وان لم يوقد وفي المتن عن محمد حلف على ما لا يؤكل أن لا يأكله
فاشترى به مائة كل فأكله حنت ولو حلف على مائة كل فاشترى به مائة كل فأكله لا يحنت فعقد اليمين
في الاول على بدله حلف لا يأكل مما علكه فلان فأكل منه بعد خروجه عن ملكه لا يحنت وكذا مما
اشتراه اذا باعه فأكله وكذا من ميراثه اذا أخرجه الوارث عن ملكه ويحنت قبله بخلاف ما زرع
فلان يحنت به عند الزرع ومن اشترى منه لان الزرع لا ينسخه الشراء أما لو اشترى شخص ذلك الزرع
فبذره وأكل منه لا يحنت ومثله من طعام يصنعه فلان فصنعه وباعه فأكل يحنت وكذا من كسب
فلان فاكسب ومات فورث عنه فأكله حنت ولو انتقل بشراء أو هبة أو وصية ونحوها لم يحنت
ولا يشترى ثوباً من فلان نفسه فباعه منه حنت حلف لا يأكل حراماً فاشترى بدرهم غصب طعاماً
فأكله لا يحنت لما عرف أن الثمن انما يثبت في الذمة فيصير عليه اثم الدرهم املوا كل خبز اغصبه حنت
ولو اشترى بذلك الخبز لم يحنت يعني اذا أكل اللحم ولوا كل لحم كلب أو قرد لا يحنت عند أسدين عمرو
وقال نصر بن ناهض وقال الحسن كاه حرام قال الفقيه أبو الليث ما كان فيه اختلاف العلماء لا يكون
حراماً مطلقاً وهو حسن ولو اضطرر لاكل الحرام أو الميتة اختلفوا واختار يحنت وعن محمد روايتان
ولو كان المغصوب برافطه ان أعطى منه قبل أن يأكله لم يحنت وان أكله قبل ذلك حنت لان الحرمة
بأنه ما لم يؤد الضمان وفي الاجناس المعنوية والمكره اذا فعل اشياء حراماً فهو ليس بحلال لها ولو أكل
من الكرم الذي دفعه معاملة لا يحنت أما عندهما فلا يشكل وعنده كذلك لانه عقد فاسد فانما أكل
ملك نفسه (قوله ومن حلف لا يأكل من هذه الخنطة) يعني ولا يئنه (لم يحنت حتى يقضيهما) غير نية ولو
قضى به نية لم يحنت وكذا لو أكل من خبزها أو دقيقها أو سويقها وهو قول الشافعي وقالان أكل
من خبزها أيضاً حنت لان الاكل من خبزها مفهوم منه عرفاً ولا يحن حنيفة أن له حقيقة مستعملة يعني
يستعمل لفظ أكل الخنطة حقيقة أي في معناه الحقيقي وهو أن يأكل عين الخنطة فانه معنى ثابت فان
الناس يغفلون الخنطة ويا كونهما هي التي تسمى في عرف بلادنا بليلة وتقل أي توضع جافة في القدر
ثم تؤكل قضمًا وليس المراد حقيقة القضم بخصوصها وهو الاكل بأطراف الاسنان بل أن يأكل
عينها أطراف الاسنان أو بسطوحها فاذا ثبت للفظ حقيقة مستعملة فهي أولى عند أبي حنيفة من
المجاز المتعارف وهو أن يراد بأكل الخنطة أكل خبزها وصار كما اذا حلف لا يأكل من هذه البقرة
أو الشاة فأكل لبنها أو سمنها أو زبدتها أو من هذه البيضة فأكل من فرخها لا يحنت لان عقد اليمين على
عينها اذا كان مأكولاً وهو ما يعكسان هذا الاصل ويرى ان المجاز المتعارف أولى ويرجع قوله ما بأن
المتكلم انما يريد العرف فاذا لم يكن له نية انصرف اليه بخلاف مسألة البقرة والبيضة فانه ليس للفظ
مجاز أشهر ليرجع على الحقيقة والذي يغلب أن التعارف والاكثر به لوجود المعنى وهو نفس فعل
أكل خبز الخنطة للاستعمال لفظ أكلت اليوم الخنطة أولاً أكل خنطة فله لفظ أكلت خنطة

(ولو حلف لا بيا كل من هذا الدقيق فأكل من خبره حنث) لان عينه غير ما كول فانصرف الى ما يتخذ منه (ولو استغف كاهولا بحنث) هو الصحيح لتعين المجاز مراداً (ولو حلف لا بيا كل خبراً فيمينه على ما يعتاد أهل المصرأ كاهولا بيا) وذلك خبر الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان (ولو أكل من خبر القطائف لا بحنث) لانه لا يسمى خبراً مطلقاً الا اذا نواه لانه محتمل كلامه (وكذا لو أكل خبر الارز بالعراق لم يحنث) لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان أو في بلدة طعامهم ذلك يحنث

يحتمل أن يراد به كل عينها كما يراد ما يخرج من دقيقها فيترجح قول أبي حنيفة لترجح الحقيقة عند مساواة المجاز لا يقال أكثرية المعنى توجب أكثرية اللفظ الذي يدل به عليه لانا نقول لا يلزم ذلك الا اذا لم يكن الالفاظ واحداً يدل به وليس هنا كذلك لانه يقال أكلت خبر الحنطة ويقال أكلت الحنطة بل الآن لا يتعارف في كل الخبر منها الالفاظ آخر وهو أكلت الخبر اللهم الا أن ينوي أكل الخبر فيحنث به لا بالقضم أو القضم فلا يحنث بأكل الخبر اتفاقاً وقضم يقضم بكسر العين في الماضي وقضمها في المستقبل وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية الاصل انه لا يحنث عندهما اذا قضمها وصحها في الذخيرة ورجح شمس الأئمة وقاضيان رواية الجامع انه يحنث قال المصنف واليه الإشارة بقوله حنث في الخبر أيضاً فانه يفيد أنه يحنث بالقضم ولا يلزم استعمال اللفظ حقيقة ومجازاً بل يكون من عموم المجاز كن حلف لا يضع قدمه في داره لان يحنث بالدخول زحفاً لعله مجازاً في الدخول ولو أكل من سويقهها حنث عند محمد خلافاً لابي يوسف فيحتاج أبو يوسف الى الفرق بين الخبر والسويق والفرق ان الحنطة اذا ذكرت مقرونة بالاكلا يراد بها الخبر دون السويق ومحمد اعتبر عموم المجاز وهذا الخلاف اذا حلف على حنطة معينة أم لو حلف لا بيا كل حنطة ينبغي أن يكون جوابه بكوابهم ماذ كره شيخ الاسلام ولا يخفى انه تحكّم والدليل المذكور المتفق على ايراده في جميع الكتب بعم المعينة والمنكرة وهو أن عينها ما كول (قوله ولو حلف لا بيا كل من هذا الدقيق فأكل من خبره حنث لان عينه غير ما كول فانصرف اليمين الى ما يتخذ منه) فيحنث بعصيده وفي النوازل لو اتخذ منه خبيصاً أخاف ان يحنث فلو استغف عنه لا يحنث لتعين المجاز وهو ما يتخذ منه مراداً في العرف فلا يحنث بغيره الا ان ينويه واذا نواه لا يحنث بأكل الخبر وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال يحنث لانه حقيقة كلامه قلنا نعم ولكن حقيقة مهجورة ولما تعين ارادة المجاز سقط اعتبار الحقيقة كن قال لأجنيبة ان تكحتك فعبدي حرفني بها لا يحنث لانصراف يمينه الى العقد فلم يتناول الوطاء الا أن ينويه (قوله ولو حلف لا بيا كل خبراً فيمينه على ما يعتاده أهل مصره خبراً وذلك خبر الحنطة والشعير لانه المعتاد في غالب البلدان) ولو كان أهل بلده لا يعتادون أكل الشعير لا يحنث به ولو اعتادوا خبر الفرة كالحجاز واليمن حنث بأكله ولا يحنث بأكل القطائف وينبغي أن يحنث بأكل الكعك لانه خبر وزبادة فالاختصاص باسم الزبادة لا للنقص ولا يحنث بالثريد لانه لا يسمى خبراً مطلقاً وفي الخلاصة حلف لا بيا كل من هذا الخبر فأكله بعد ما نقتل لا يحنث لانه لا يسمى خبراً ولا يحنث بالعصيدة والططماج ولا يحنث لودقه فشربه وعن أبي حنيفة في حيلة أكله أن يدقه فيلقيه في عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكا ولا يحنث في خبر الارز الا أن يكون هذا الحالف في بلدة يعتادونه كما في طبرستان والنسبة اليها طبري وهو اسم آمل وأعمالها قال السمعاني سمعت القاضي أبا بكر الانصاري يقول انما هي طبرستان لان أهلها كانوا يجاربون بالفاس فعرب فقبل طبرستان وقال القتيبي طبرستان معناه بالفارسية أخذه الفاس بيده اليمنى والمراد بالفاس الطبر وهو معرب تبر وهذا لا ينافي ما قال السمعاني بقليل تأمل (قال العبد الضعيف) غفر الله تعالى له وقد شئت لو أن بدويًا اعتاد أكل خبر الشعير فدخل بلدة المعتاد فيها أكل خبر الحنطة واستمر هو لا بيا كل الا الشعير حلف لا بيا كل خبراً فقلت ينعقد على عرف نفسه فيحنث بالشعير لانه لم ينعقد على عرف الناس الا اذا كان الحالف بتعاطاه

(ولو حلف لا بيا كل من هذا الدقيق فأكل من خبره حنث) بالاتفاق (لان عينه غير ما كول) فكانت الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز وهو ما يتخذ منه (ولو استغف) أي أكله من غير مضغ (لا يحنث هو الصحيح) وانما قال هو الصحيح احترازاً عن قول بعض مشايخنا انه يحنث لانه كل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر فالحقيقة لا تسقط به وهذا لان عين الدقيق ما كول والاصح أنه لا يحنث لان هذه الحقيقة مهجورة ولما انصرفت اليمين الى ما يتخذ منه للعرف سقط اعتبار الحقيقة كن قال لأجنيبة ان تكحتك فعبدي حرفني بها لا يحنث لان يمينه لما انصرف الى العقد لم يتناول حقيقة الوطاء وقوله (ولو حلف لا بيا كل خبراً) على ما ذكره ظاهر وطبرستان هي آمل وولايتها وقيل أصلها طبرستان لان أهلها يجاربون بالنبر وهو الفاس فعربوه الى طبرستان

وقوله (ولو حلف لا يأكل الشواء) ظاهر وقوله (وهذا لان التعميم متعذر) لان الدواء المسهل مطبوخ ونحن نعلم بيقين أنه لم يرد ذلك (فبصرف الى خاص هو متعارف (٥٣) وهو اللحم المطبوخ بالماء) فالواقيد يقوله بالماء لان القلية اليابسة لا تسمى مطبوخا فلا يحنت

بأكلها (ومن حلف لا يأكل
الرؤس فيمينه على ما يكبس
في التناير) أي يطعم به التنور
يعني يدخل فيه من كبس
الرجل رأسه في جيب قيصة
إذا أدخله فيه (وباع في
المصر) لان رأس الجراد
رأس حقيقة وليس بمراد
فبصرف الى المجاز المتعارف
وفسر في الجامع الصغير
على ما ذكر في الكتاب
واعترض على هذا بأن لحم
الخنزير والانسان لا يباع في
الاسواق ومع ذلك يحنت
بالاكل اذا حلف لا يأكل
لما واجب بما حاصله الفرق
بأن الرأس غير ما كول
بجميع أجزائه لان منها
العظم فكانت الحقيقة
متعذرة فيصار الى المجاز
المتعارف وهو ما يكبس في
التناير ويباع في الاسواق
وأما اللحم فبئ كل بجميع
أجزائه فكانت الحقيقة
ممكنة فلا تترك فيحنت
بأكل لحم الانسان والخنزير
فان قلت الحقيقة ان لم
تكن متعذرة فهي مهجورة
شرعا والمهجور شرعا
كالمهجور عادة وفي
المهجور شرعا يصار الى
المجاز كما في المهجور عادة
قلت المهجور شرعا هو
الذي لا يكون شئ من افراده
معمولا به كالحلف على ترك

(ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر) لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق
الآن ينوي ما يشوي من بيض أو غيره لمكان الحقيقة (وان حلف لا يأكل الطبخ فهو على ما يطبخ من
اللحم) وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فبصرف الى خاص هو متعارف وهو
اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان أكل من مرقه يحنت لما فيه من أجزاء اللحم
ولانه يسمى طبخا (ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التناير ويبيع في المصر) ويقال
يكبس (وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل رأسا فهو على رؤس البقر والغنم عند أبي حنيفة رحمه الله
وقال أبو يوسف ومحمد درجتهما الله على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه
فيهما وفي زمنه ما في الغنم خاصة وفي زماننا بقي على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر

فهو منهم فيه فبصرف كلامه اليه لذلك وهذا متنفذ فيمن لم يوافقهم بل هو مجانب لهم (قوله ولو حلف لا
يأكل شواء فهو على اللحم فقط دون الباذنجان والجزر) المشويين لانه يراد به في العرف ذلك عند الاطلاق
الآن ينوي غير ذلك مما يشوي من بيض أو غيره ذلك كالفول الأخضر الذي يسمى في عرفنا شوي العرب
وقولنا في ذلك قول أحد (قوله ولو حلف لا يأكل الطبخ فهو على ما يطبخ من اللحم) يعني بالماء حتى ان
ما يتخذ قلية من اللحم لا يسمى طبخا فلا يحنت به وهذا استحسان بالعرف لان التعميم متعذر لان الدواء
مما يطبخ وكذا الفول الذي يسمى في عرفنا الفول الحار ولا يقال لآكله آكل طبخا فبصرف الى خاص
هو أخص الخصوص وهو اللحم المطبوخ بمرق وهو متعارف الآن ينوي غيره من الباذنجان مما يطبخ
فيحنت به وهذا يقتضي أن لا يحنت بالارز المطبوخ بل اللحم وفي الخلاصة يحنت بالارز اذا طبخ بودا
فانه يسمى طبخا بخلاف ما لو طبخ زيت أو سمن قال ابن سميعة الطبخ يقع على النجس أيضا ولا شك أن
اللحم بالماء طبخ وانما الكلام في أنه هو المتعارف الظاهر أنه لا يختص به ولو أكل من مرق اللحم حنت
قال المصنف لما فيه من أجزاء اللحم وهذا يقتضي أن من حلف لا يأكل لحما فأكل المرق الذي طبخ فيه
اللحم حنت وقد منا من المنقول خلافه والوجه ما ذكره ثانيا من قوله ولانه يسمى طبخا يعني في العرف
بخلاف مرق اللحم فانه لا يسمى لحما في العرف (قوله ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في
التناير) في تلك البلدة ويبيع فيها من رؤس الابل والبقر والغنم وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل رأسا
فهو على رؤس البقر والغنم عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد درجتهما الله على الغنم خاصة
وهذا اختلاف عصر فكان العرف في زمنه فيها ثم صار في البقر والغنم فرجع أبو حنيفة عن انعقاده في
حق رؤس الابل وفي زمانه ما في الغنم خاصة فوجب على المفتي أن يفتي بما هو المعتاد في كل مصر ووقع فيه
حلف الخالف كما هو في مختصر القدير رحمه الله وأورد أن العادة كما هي في الرؤس مقتصرة على
رؤس الغنم أو البقر معها كذلك في اللحم مقتصرة على لحم ما يحل اذ لم تجز العادة ببيع لحم الأدي
والخنزير وأكله مع أن اليمين انعقدت باعتبارهما فحنت بأكل لهما اذا حلف لا يأكل لحما أجيب بأن
الاصل في جنس هذه المسائل أنه فيما يجب العمل بالحقيقة بعنى الغوية فان لم يمكن وجب اعتبار
النعرف حينئذ واللحم يمكن فيه أكل كل ما يسمى لحما فانه يعتد باعتباره بخلاف الرؤس لا يمكن أكل
حقيقته اذ هي مجموع العظم مع اللحم فيصير الى المتعارف ونقض بالشراء فانه يمكن في الرؤس على العموم
ومع ذلك لم ينعقد بين الشراء على العموم فيها أجيب بال منع بل من الرؤس ما لا يمكن بيعه كراس الأدي
وبهذا خرج الجواب عما أورد على مسألة الحلف لا يركب دابة أنه لا يحنت اذا ركب كافر أو هودابة

كلام الصبي وهنالبس كذلك فان قيل سلنا ذلك لكن لا يطر في الشراء فان الرأس يشتري بجميع
أجزائه فلم تكن الحقيقة متعذرة وأجيب بأن من الرؤس ما لا يجوز اضافة الشراء اليه كراس النمل والذباب والأدي فكانت متعذرة

(قوله قلت المهجور شرعا الخ) أقول ويمكن أن يجاب بوجه آخر

وقوله (ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنباً أو رماناً أو رطباً أو قثاءً أو خياراً (٥٣) لم يحنت وإن أكل تفاحاً أو بطيخاً أو مشمشاً

حنث وهذا عند أبي حنيفة
وقال يحنت في العنب
والرطب والرمان أيضاً
يعني لا في القثاء والخيار
وكانت المسئلة على ثلاثة
أوجه في وجهه يحنت
بالإتفاق وهو أن يقع عنبه
على غير كل شجر سوى العنب
والرطب والرمان ويستوي
في ذلك الرطب واليابس وفي
وجهه لا يحنت بالاتفاق
وهو أن يأكل الخيار والقثاء
لأنه يؤكل مع البقول وفي
وجهه اختلفوا فيه وهو
العنب والرطب والرمان إذا
لم تكن له نية وكلامه ظاهر
الأمارة ذكره فقوله زيادة
على المعتاد أي على الغداء
الأصلي حتى تسمى النار
فاكهة والمزاج فاكهة
لوجود زيادة التسمم فيها
وقوله (والرطب واليابس
فيه سواء) يعني أن ما كان
فاكهة لا فرق فيه بين رطبه
ويابسه ويابس هذه
الاشياء لا بعد فاكهة
فيجب أن يكون رطبها كذلك
وقوله (لأنهم مامن البقول
بيعا) فإن بائع البقول هو
الذي يبيعها لا غير وأما
أكلها فإنها موضعان على
الموائد حيث يوضع التمتع
والبصل وقوله (إن هذه
الاشياء مما يتغذى بها)
يعني العنب والرطب
(ويندأوى بها) يعني الرمان

(ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنباً أو رماناً أو رطباً أو قثاءً أو خياراً لم يحنت وإن أكل تفاحاً أو بطيخاً أو مشمشاً حنت وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد حنت في العنب والرطب والرمان أيضاً) والاصل أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده أي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد أن يكون التفكه به معتاداً حتى لا يحنت يابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح وأخواته فيحنت بها وغير موجود في القثاء والخيار لأنهم مامن البقول يباعوا كالأفلا يحنت بها وأما العنب والرطب والرمان فهما يقولان إن معنى التفكه موجود فيها فإنما أعز القواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وأبو حنيفة رحمه الله يقول إن هذه الاشياء مما يتغذى بها ويندأوى بها فأوجب قصوراً في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليباس منها من التوابل أو من الاقوات

حقيقة فأمكن العمل بالحقيقة ومع ذلك لم يجز على عمومها فإن إمكان العمل بحقيقة عمومها منتفأ من الدواب النمل وما هو أصغر منها ولا يمكن ركوبه فيصير إلى المتعارف وهذا يهدم مائة قدم من أن المتكلم انما يتكلم بالعرف الذي به التخاطب فوجب عند عدم نيته أن يحكم بأن المراد ما عليه العرف وتقدم تصحيح العتاي وغيره في لحم الخنزير والآدمي عدم الحنت وليس البناء على هذا الاصل ولو كان هذا الاصل المذكور منظوراً إليه لما تجاسر أحد على خلافه في الفروع (قوله ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنباً أو رماناً أو رطباً أو قثاءً أو خياراً لم يحنت وإن أكل تفاحاً أو بطيخاً أو مشمشاً حنت) وكذا يحنت بالخبوخ والسفرجل والاباص والكثري وهذا التفصيل عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يحنت في العنب والرطب والرمان أيضاً والاصل المنفق عليه أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده أي يتنعم به بتلذذه زيادة على المعتاد من الغذاء الاصل ولهذا يقال النارفاكهة الشتاء والمزاج فاكهة والرطب واليابس فيه أي في معنى التفكه سواء بعد أن يكون التفكه به معتاداً في الحالين فإن خست العادة التفكه بأحدى الحالتين دون الأخرى كالبطيخ فإنها خست التفكه به في حال رطوبته دون حال يابسه لم يحنت بأكله يابساً وهذا المعنى أي معنى التفكه بأن يؤكل زيادة على الغذاء موجود في التفاح والبطيخ والمشمش فيحنت بها اتفاقاً وغير موجود في القثاء والخيار لأنهم مامن البقول يباعوا كالأفلا حتى يوضعان على المائدة كما يوضع البقل ونحوه فلا يحنت بهما اتفاقاً وأما العنب والرطب والرمان وهي محل الخلاف فوجه قولهما أن معنى التفكه موجود فيها بل هي أعز القواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها من القواكه فيحنت بها وأبو حنيفة يقول هي مما يتغذى بها منفردة حتى يستغنى بها في الجملة في قيام البدن ومقرونة مع الخبز ويندأوى ببعضها كالرمان في بعض عوارض البدن ولا ينكر أنها يتفكه بها ولكن لما كانت قد تستعمل أصالة لحاجة البقاء قصر معنى التفكه فلا يحنت بأحدها إلا أن ينويه فيحنت بالثلاثة اتفاقاً ولهذا كان اليباس منها من التوابل كحب الرمان ومن الاقوات وهو التمر والزبيب والمشايج قالوا هذا اختلاف زمان في زمانه لا بعدونهم من القواكه فافتنى على حسب ذلك وفي زمانها عذت منها فاقبها فان قيل الاستدلال المذكور لا يفي حنيفة يخالف هذا الجمع فإن مبنى هذا العرف والاستدلال المذكور صريح في أن مبنى اللغة حيث قال الفاكهة ما يتفكه به ولا شك أن ذلك لغة والتفكه بالشئ ما يتنعم به زيادة على المحتاج اليه أصالة وهذا معنى اللغة واستعمال العنب وأخويه ليس كذلك دائماً فقصر الخ أمكن الجواب بجواز كون العرف وافق اللغة في زمنه ثم خالفها في زمانها فإن قيل وفيه دليل على عدم ما ذكرنا من أن الاعتبار اللغة إلا أن لا يمكن فيعتبر العرف فإن هذا يدل على عدم

(ولهذا كان اليباس منها من التوابل) كيباس الرمان (أو من الاقوات) كيباس العنب فالتوابل جمع التابل يفتح الباء وكسرها والاصل في هذا أن اللفظ إذا أطلق على أفراد في بعضه دلالة على زيادة معنى ليس في مفهوم اشتقاقه لم يتناول كما تقدم في صورة النقصان في اللحم

قال (ولو حلف لا يأثم فكل شيء اصطبع به) اصطبع على بناء المفعول كذا كان مقيداً بخط الثقات وهو افتعل من الصبغ ويقال اصطبع بالخل وفي الخل ولا يقال اصطبع (٥٤) الخبز بالخل (ولو حلف لا يأثم) أي لا يأكل اداً ما (فكل شيء اصطبع به فهو اداً ما)

ولا يعكس فالخل والزيت واللبن والملح والزبد اداً ما والشواء ليس اداً ما (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) في رواية الأصل (وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو اداً ما وهو رواية عن أبي يوسف) وحاصل ذلك على ثلاثة أوجه ما يصطبغ به فهو اداً ما بالاتفاق والبطيخ والعنب والتمر وأمثالهما ما يؤكل وحده غالباً ليس اداً ما بالاتفاق وفي البيض واللحم والحب اختلاف جعلها محمد اداً ما خلافاً لهما لمحمد أن اداً ما من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما أن اداً ما ما يؤكل تبعاً في العرف والعادة والتبعية على نوعين حقيقة وذلك في الاختلاط لتكوين فائفة به وحكمة وهي أن لا تؤكل على الانفراد واللحم لا يختلط فلا يكون تبعاً حقيقة ويؤكل منفرداً فلا يكون تبعاً حكماً فلا يكون اداً ما وقوله (وعام الموافقة بالامتزاج) جواب عن قوله لأن اداً ما من المؤادمة يعني سلمناه ولكن المؤادمة التامة الكاملة في الامتزاج أيضاً ولم توجد في هذه الاشياء إلا أن ينويه لماله من التشديد بخلاف الخل

(ولو حلف لا يأثم فكل شيء اصطبع به فهو اداً ما والشواء ليس اداً ما والملح اداً ما وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وقال محمد كل ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو اداً ما وهو رواية عن أبي يوسف لأن اداً ما من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما أن اداً ما ما يؤكل تبعاً في العرف والعادة والتبعية على نوعين حقيقة وذلك في الاختلاط لتكوين فائفة به وحكمة وهي أن لا تؤكل على الانفراد واللحم لا يختلط فلا يكون تبعاً حقيقة ويؤكل منفرداً فلا يكون تبعاً حكماً فلا يكون اداً ما وقوله (وعام الموافقة بالامتزاج) جواب عن قوله لأن اداً ما من المؤادمة يعني سلمناه ولكن المؤادمة التامة الكاملة في الامتزاج أيضاً ولم توجد في هذه الاشياء إلا أن ينويه لماله من التشديد بخلاف الخل

ليسا باداً ما هو الصحيح اعتبارهما ذلك فالجواب أنه غير لازم لجواز أن ينمعا كون الاستقلال به أحياناً بالنسبة إلى بعض الناس يؤثر في نقص كونه مما يتفككه (قوله ومن حلف لا يأثم فكل شيء اصطبع به فهو اداً ما) كالخل والزيت والعسل واللبن والزبد والسمن والمرق والملح لأنه يؤكل إلى الذوب في الفم ويحصل به صبغ الخبز واصطبغ مبنى للمفعول وهو افتعال من الصبغ ولما كان ثلاثيه وهو صبغ متعدياً إلى واحد جاء الافتعال منه لازماً فلا يقال اصطبع الخبز لأنه لا يصل إلى المفعول بنفسه حتى يقام مقام الفاعل إذا بني القول له فاعماً يقام غيره من الجار والمجرور ونحوه فلذا يقال اصطبع به ولا يقال اصطبع الخبز وما لم يصبغ الخبز به جرم بجرم الخبز وهو بحيث يؤكل وحده ليس اداً ما كاللحم والبيض والتمر والزبيب وهذا التفصيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو اداً ما وهو رواية عن أبي يوسف وقول الشافعي وأحمد رحمهم الله والحاصل أن ما يصبغ به كالخل وما ذكروا اداً ما بالاجماع وما يؤكل وحده غالباً كالبطيخ والعنب والتمر والزبيب وأمثالها ليس اداً ما بالاجماع أي بالاتفاق على ما هو الصحيح في البطيخ والعنب كما ذكره المصنف خلافاً لما قيل أنهم ما على الخلاف وعن صحيح الاتفاق شمس الأئمة وفي المحيط قال محمد التمر والجوز ليسا اداً ما وكذا العنب والبطيخ والبقل وكذا سائر الفواكه ولو كان في بلد يؤكلان تبعاً للخبز يكون اداً ما ما بالبقول فليست اداً ما بالاتفاق لأن آكلها لا يسمى مؤثماً إلا ما قد يقال في أهل الحجاز بالنسبة إلى أكلهم الكراث وعند الشافعي البقول والبصل وسائر الثمار اداً ما وفي التمر عنده وجهان في وجهه اداً ما لما روى أنه صلى الله عليه وسلم وضع تمره على كسرة وقال هذه اداً ما هذه رواه أبو داود وفي وجه آخر ليس اداً ما لأنه فاكهة كالزبيب واختلافوا في الحب والبيض واللحم فجعلها محمد اداً ما لا تخالفت كل واحد ها غالباً فكانت تبعاً للخبز وموافقة له والمؤادمة الموافقة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم للغيرة حين خطب امرأته فلو نظرت إليها فانه أخرى أن يؤدب ينسكاً أي يوفق فإياؤ كل غالباً تبعاً للخبز موافقاً له اداً ما والحب وأخوه كذلك ويؤيده ما روى عنه صلى الله عليه وسلم سيد اداً ما في الدنيا والآخرة اللحم وقال سيد اداً ما لكم اللحم رواه ابن ماجه ويقال إن ملك الروم كتب إلى معاوية أن ابعت إلى بشر اداً ما على يد شر رجل فبعث إليه جينا على يد رجل يسكن في بيت أصهاره وهو من أهل اللسان ويقول محمد أخذ الفقيه أبو الليث ولهما أن اداً ما ما يؤكل تبعاً فإياؤ كل وحده ولو أحياناً ليس اداً ما وهذا لأنه من المؤادمة وهي الموافقة وذلك بان يصير مع الخبز كشيء واحد وهي بان يقوم به قيام الصبغ بالنوب وهو أن بنفسه جسمه اذ حقيقة القيام غير مرادة لأن الخل ونحوه ليس عرضاً يقوم بالجواهر والأجرام المستكورة من البيض وما معه ليس كذلك فليست اداً ما ويرد عليه أنه اعتبر في معنى اداً ما بحيث يؤكل تبعاً للخبز موافقاً سلمناه ولا يستلزم في ما ذكرناه كذلك وإن اعتبر فيه كونه لا يؤكل إلا تبعاً معناه نعم ما لا يؤكل إلا تبعاً موافقاً كمل في معنى اداً ما لكن اداً ما لا يخص

وغيره من المائعات فانه لا تؤكل وحده بل تشرب والملح لا يؤكل وحده ويذوب فينبع فكان اداً ما (والعنب والبطيخ ليسا اداً ما) يعني بالاتفاق لما ذكرنا (هو الصحيح) كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وقال بعض مشايخنا أنه على هذا الاختلاف اسمه

(واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلاة الظهر الى نصف الليل) لان ما بعد الزوال يسمى عشاء ولهذا تسمى الظهر احدى صلاتي العشاء في الحديث (والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر) لانه مأخوذ من السحر وبطلق على ما يقرب منه

اسمه الاكل منه واستدل لابي حنيفة وأبي يوسف أيضا بأنه رفع الى الفم وحده بعد الخبز أو قبله فلا تحقق التبعية بخلاف المصطبح به وأجيب عن الحديث بأن كونه سيدا لا دام لا يستلزم كونه اذما اذ قد يقال في الخليفة سيد العجم وليس هو منهم وأما حكاية معاوية فيوقوف الاستدلال به على صحتها وهي بعيدة منها اذ يبعد من امام عالم أن يتكلف ارسال شخص الى بلاد الروم ملتزما مؤنة لغرض مهمم لكافر والسكنى في بيت الصهر قط لا يوجب أن يكون الساكن شر رجلا فأنار البطلان تلوح على هذه القصة ودفع الاستدلال لهما بأن الاعتبار التبعية في الاكل والاكل هو فعل الفم والخلق وهما مختاطان فيه ثمة فتحصل التبعية حينئذ ويدفع بان كون التبعية في الفم بعد رفع كل على حدته تحكم اذ هما فيه اذا جسمان متكافئان لا يكون أحدهما تبع للآخر بخلاف ما رفع صبغا للخبز فان المقصود به سد الجوع بالخبز لا بالصبغ وأما الجسمان المتكافئان فكل يصلح لرفع الجوع غير مقتصر الى الآخر في رفعه قال الترمذي وهذا الاختلاف بينهم على عكس اختلافهم فيمن حلف لا يأكل الارغيفات كل معه البيض ونحوه لم يحنث عندهما وحنث عند محمد (قوله) واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء) بفتح العين والمد (من صلاة الظهر الى نصف الليل) وهذا تساهل معروف المعنى لا يعرض به فان الغداء والعشاء اسم لما يؤكل في الوقتين لا لالاكل فيهما فالوجه أن يقال فالتغدى الاكل من طلوع الفجر والنعشى الاكل من الظهر الى ما بعد الظهر (١) يسمى عشاء بكسر العين ولهذا تسمى الظهر احدى صلاتي العشاء في الحديث اذ في الصحيحين من رواية أبي هريرة صلى بنار رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتي العشاء وفسرت بانها الظهر في بعض الروايات وهذا تفسير التغدى بالاكل من الفجر الى آخره مذكور في الخبر يدور في الخلاصة ووقت التغدى من طلوع الشمس الى الزوال ويشبه كونه نقلا عن الفتاوى الصغرى وفيها التسكر بعد ذهاب ثلثي الليل ويوافق ما عن محمد فيمن حلف لا يكاه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير فكاه لم يحنث وقال الاسيحاى في شرح الطحاوى وقت الغداء من طلوع الشمس الى وقت الزوال ووقت العشاء من بعد الزوال الى أن يمضي أكثر الليل ووقت السحور من يمضي أكثر الليل الى طلوع الفجر ثم قال هذا في عرفهم وأما في عرفنا وقت العشاء من بعد صلاة العصر انتهى فعرفهم كان موافقا للغة لان الغدوة اسم لاول النهار وما قبل الزوال اوله فالأكل فيه تغدى وقد أطلق على السحور غداء في قوله صلى الله عليه وسلم لعرباض بن سارية هلم الى الغداء المبارك وليس الاجازة لقر به من الغداء وكذا السحور لما كان لا يؤكل في السحور والسحور من الثلث الاخير يسمى ما يؤكل في النصف الثاني لقر به من الثلث الاخير سحورا بفتح السين والاكل فيه تسكيرا والتضحي الاكل في وقت الضحى ويسمى الضحى أيضا بفتح والمد ووقت الضحى من حين تحل الصلاة الى أن تزول وأصل هذه في مسائل القضاء قال السرخسى فيمن حلف ليعطين فلانا حقه ضحوة فوق الضحوة من حين تبيض الشمس الى أن تزول وان قال عند طلوع الشمس أو حتى تطلع فله من حين تطلع الى أن تبيض لان صاحب الشرع نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس والنهي يمتد الى أن تبيض والمساء مسا أن أحدهما ما بعد الزوال والآخر بعد غروب الشمس فإيهما نوى صحت نيته وعلى هذا لو حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي ولا نية له فهو على غيبة الشمس لانه لا يمكن جل اليمين على المساء الاول فيحمل على المساء الثاني وهو ما بعد الغروب وذكرا للولاء والضحوة بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلاة الى نصف النهار والتصبيح ما بين طلوع الشمس الى ارتفاع الضحوة يعني الكبرى لانه من

وقوله (واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر) قال في النهاية هذا توسع في العبارة ومعناه أكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف وذلك لان الغداء اسم لطعام الغداة لا اسم أكل وقوله (ولهذا تسمى الظهر احدى صلاتي العشاء في الحديث) ذكر في الايضاح في باب الحلف على الغداء فقال فانه ورد في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى احدى صلاتي العشاء ركعتين يريد به الراوى الظهر أو العصر

(١) قول الكمال يسمى عشاء بكسر العين قال في النهر وكنائه تحريف والصواب عشا بفتح العين مع باء بعد السين اه كذا بهامش نسخة الشيخ الحر اوى قال معصمه الفقير محمد البليسي هو تحريف يقينا فصوابه العشى فيه وفيما بعده وفي حديث الصحيحين احدى صلاتي العشى لا العشاء كما ظهر بالمراجعة فليحذر ما وقع في نسخ الهداية وحواشيها من التحريف والله الهادي

وقوله (وتعتبر عادة أهل كل بلد في حقهم) يعني ان كانت خيرا فخير وان كانت لهما فلمح حتى ان الحضري اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنت والبدوي بخلافه لانه غداء في البادية وقوله (ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع) رواه المعلى عن أبي يوسف وهو صحيح لان من أكل لقمة أو لقمتين (٥٦) يصح أن يقول ما تعديت وما تعشيت (ومن قال ان أكلت أو شربت

أو لبست فعبدي حر وقال غنيت شيأ دون شيء لم يصدق قضاء) ولا ديانة (لان النية انما تصح في الملفوظ) لانها لتعين بعض محتملات اللفظ (والثوب وما يضاهاه غير ملفوظ) فلا تصح نيته فان قيل هل هبانه غير ملفوظ تنصيصا ليس أنه ثابت مقتضى والمقتضى كالملفوظ أجاب بقوله (والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه) فان قيل المقتضى أمر شرعي واقتدار الاكل الى الطعام ليس كذلك لانه يعرفه من لم يعرف الشرع قلنا يجوز أن يكون المصنف اختار ما اختاره بعض المحققين من أن المقتضى هو الذي لا يدل عليه اللفظ ولا يكون منظوقا به لكن يكون من ضرورة اللفظ أعم من أن يكون شرعا أو عقليا فان قيل سلمنا ذلك لكن ما الفرق بين هذا وبين ما اذا قال ان خرجت فعبدي حر وتوى السفر فانه يصدق ديانة مع أن السفر أو الخروج غير مذكور لفظا وينتبه ويبي ما اذا حلف لا يساكن فلانا ونوى به أن لا

ثم الغداء والعشاء ما يقصده الشبع عادة وتعتبر عادة أهل كل بلدة في حقهم ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع (ومن قال ان لبست أو أكلت أو شربت فعبدي حر وقال غنيت شيأ دون شيء لم يدين في القضاء وغيره) لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهاه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه (وان قال ان لبست ثوبا أو أكلت طعاما أو شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة) لانه نكرة في محل الشرط فعملت نية التخصيص فيه الا أنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء

الاصباح وهذا يعرف بتسمية أهل اللغة ولو حلف بما ينه غدوة فهذا بعد طلوع الفجر الى نصف النهار (قوله ثم الغداء والعشاء ما يقصده الشبع عادة) وكذا السجور فلو أكل لقمة أو لقمتين أو أكثر مما يبلغ نصف الشبع لا يحنت بحلفه ما تعديت ولا تعشيت ولا تسحرت ويرد أنه صلى الله عليه وسلم قال في رواية الترمذي تعشوا ولو بكف من حشف فان ترك العشاء مهربة ومعلوم أن كفا من حشف لا يبلغ في العادة نصف الشبع وأجيب بان العرف الطارئ يفيد أنه مع الشبع للقطع بقولهم ما تعديت اليوم أو ما تعشيت البارحة وان كان أكل لقمة أو لقمتين وكذا يعتبر في الغداء وأخويه في حق أهل كل بلد ما يعتادونه من مأكلهم فلو كان عادتهم أكل الخبز في الغداء أو اللحم أو اللبن ينصرف اليه حتى ان الحضري اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنت والبدوي يحنت لانه غداء أهل البادية ولو أكل غير الخبز من أرز أو تمر أو غيرهما مما هو غير معتاد التغذي به حتى شبع لم يحنت أيضا (قوله ومن قال ان لبست أو أكلت أو شربت فعبدي حر وقال نويت شيأ دون شيء) من الملبوس أو الماء كقول أو المشروب في ان أكلت وان شربت لم تصح نيته لاني القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى فأى شيء أكل أو لبس أو شرب حنت وعند الشافعي تصح نيته ديانة وهو رواية عن أبي يوسف واختارها الخصاص لان النية انما تصح في الملفوظ لتعين بعض محتملاته والثوب في ان لبست أو أكلت أو شربت في ان أكلت أو شربت غير مذكور تنصيصا فلم تصادف النية محالها فلغت فان قيل ان لم يكن مذكورا تنصيصا فهو مذكور تقديره وهو كالمذكور تنصيصا أجيب بأن تقديره ضرورة اقتضاء الاكل مأكولا وكذا اللبس والشرب والمقتضى لا عموم له عندنا ولان نبوته ضروري فيقدر بقدرها والضرورة في تصحيح الكلام وتصحيحه لا يتوقف الا على ما كولا لا على ما كولا هو كذا فلا تصح ارادته فبني الخلاف في هذه الفروع بيننا وبين الشافعي الاختلاف في أن المقتضى لا عموم له أو له عموم على ما ذكرنا أما لو قال ان لبست ثوبا أو أكلت طعاما أو شربت شرابا وقال غنيت شيأ دون شيء فانه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لاني القضاء لانه ذكر اللفظ العام القابل للتخصيص فصحت نيته وهذا لانه نكرة في سياق الشرط فتم لمسأله الى كونها في سياق التني بسبب أن الشرط المتيقن في اليمين يكون الحلف على نفيه لان المعنى نفي لبس ثوب فكأنه قال لا ألبس ثوبا الا أنه خلاف الظاهر فلا يقبل له القاضي منه فان قيل يعتبر تنصيصا للمصدر المدلول عليه بالفعل فانه مذكور بذكر الفعل على ما عرف في الطلاق أجيب بأن المصدر أيضا ضروري للفعل والضرورة مندفعة بلا تعميم وهذا بخلاف ما تقدم في مسألة طلق نفسك حيث جعل المصدر مذكورا بذكر الفعل فقبل العموم حتى صحت نية الثلاث بل الحق على هذا انه عام وكما قلتم في

قوله

يساكنه في بيت واحد فان النية صحيحة مع ان المسكن غير مذكور لفظا حتى لو سكن معه في الدار

لا يحنت أجيب بأن الاولى ممنوعة منعها القضاء الاربع أبو هشيم وأبو حازم وأبو طاهر الدباس والقاضي القمي ولئن سلم فقوله ان خرجت ولا يساكن فعسلان يدلان على المصدر لغة وقد وقع الثاني في صريح النبي والاول في معناه فتناولا بعمومهما الخروج في السفر والسكن فجاز تنصيصهما الا أنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء

قوله ان خرجت فعبدى حر وفوى السفر مثلاً يصدق ديانة فلا يبحث بالخروج الى غيره تخصيصاً بالنفس
الخروج بخلاف ما لو فوى الخروج الى مكان خاص كبغداد حيث لا يصح لان المكان غير مذكور فمكنا
براد تخصيص فعل الأكل وهكذا قولكم فيما اذا حلف لا يساكن فلانا وفوى المساكنة في بيت واحد أنه
يصح وهو تخصيص للمصدر المضمون للفعل فلنا ذلك المصدر وان عم بسبب انه في سياق النفي لان الفعل
في سياقه لكنه لا يقبل التخصيص لان عموم ضرورة تحقق الفعل في النفي فانه لا يتحقق في خصوص
محله الخاص أعني بعد لفظة لا في لا آكل لا يتحقق ذلك المصدر هناك وما ليس بثبوت الا ضرورة أمر
لا يثبت باعتبار غيره ولا يثبت ما هو زائد عليه ومعلوم أن من ضرورة ثبوت الفعل في النفي ثبوت المصدر
العام وليس من ضرورة ثبوت الفعل ثبوت التصرف بالتخصيص فلا يقبله بخلاف ان أكلت أكلان
الاسم حينئذ مذكور صريحاً فيقبل نية التخصيص ولا يشكل الفرق لان أكل المذكور ليس عين الأكل
الضمي للفعل الضروري الثبوت فقام المذكور مقام الاسم وقبل التخصيص وأما مسألة الخروج فقد
أنكرها القضاة الاربعة القاضي أبو الهيثم والقاضي أبو خازم والقاضي القبي والقاضي أبو طاهر الدباس
وجعلوا ما روى عن محمد فيها على ما لو قال ان خرجت خروجا وكانها سقطت من الكاتب ومن التزمها
أجاب بان الخروج في نفسه متنوع الى سفر وغيره حتى اختلفت أحكامها فقبلت ارادة أحد نوعيه وبه
أجيب عن مسألة المساكنة فانه متنوع الى كاملة وهي المساكنة في بيت واحد ومطلقة وهي ما تكون
في دار فارادة المساكنة في بيت ارادة أخص أنواعها وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يغسل أو لا يسكن ثم قال
عنت من جنبه أو امرأة دون امرأة لا يصدق قضاء ولا ديانة لان الاغتسال غير متنوع لانه عبارة عن
امر الماء والتنوع في أسبابه وكذا لا يسكن دار فلان وقال عنت بأجر ولم يسبق قبل ذلك كلام بان
استأجره منه أو استعارها فأبى خلف ينوي السكنى بالاجارة أو الاجارة لا يصح حتى لو سكنها بغير أجر
حنت بخلاف ما لو حلف لا يسكن دار اشتراها فلان وعنى اشتراها لنفسه فانه يصدق لانه أحد نوعي
الشراء لانه متنوع الى ما يوجب الملك للشترى وما يوجب غيره فتصح نية أحد النوعين بخلاف السكنى
نفسها لانه لا تتنوع لانها ليست الا الكينونة في الدار على وجه القرار وانما تختلف بالصفة ولا يصح
تخصيص الصفة لانها لم تذكر بخلاف الجنس وكذا لو حلف لا يتزوج امرأة وفوى كوفية أو بصرية
لا يصح لانه تخصيص الصفة ولو فوى حبشية أو عربية صح فيما بينه وبين الله تعالى لانه تخصيص في
الجنس كان الاختلاف بالنسبة الى الآباء اختلاف بالجنس وبالنسبة الى البلاد اختلاف بالصفة وكان
السرفي ذلك والله أعلم أن ذكر لفظ امرأة أو رجل عين ذكر ولده آباء الى آدم فكانه قال كل من كان لها أب
من ولد آدم وأراد بعض الآباء دون بعض وليس الصفات مذكورة بعين ذكر ولد آدم وان كان لا يخلو
الموجود عن صفة قبوتها مقتضى الوجود لا اللفظ والحق أن الأفعال الخارجية لا تتصور أن تكون
الأنواع واحد الا فرق في ذلك بين الغسل ونحوه ولا بين الخروج ونحوه من الشراء فكما أن اتحاد الغسل
بسبب أنه ليس الامر الماء كذلك الخروج ليس الا قطع المسافة غير أنه يوصف بالطول والقصر
في الزمان فلا يصير منقسمة الى نوعين الا باختلاف الأحكام شرعاً فان عند ذلك علمنا اعتبار الشرع ايها
كذلك كما في الخروج المختلف الأحكام في السفر وغيره والشراء لنفسه وغيره فانه مختلف حكمهما فيحكم
بتعدد النوع في ذلك ولا يخفى أن المساكنة والسكنى ليس فيهما اختلاف أحكام الشرع لطائفة منهما
بالنسبة الى طائفة أخرى وكل في نفسه نوع لان الكل قرار في المكان ثم اعلم أن التحقيق أن المفعول في
لا آكل ولا ألبس ليس من باب المقتضى لان المقتضى ما يقدر له صحيح المنطوق وذلك بان يكون الكلام مما
يحكم بكذبه على ظاهره مثل رفع الخطأ والسيان أو بعدم صحته شرعاً مثل أعق عبدك عني وليس قول
القائل لا آكل يحكم بكذب قائله بمجرد ولا متضمناً حكماً لا يصح شرعاً نعم المفعول أعني المأ كقول من

(ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بآباء لم يحنت حتى يكرع منها كراعاً عند أبي حنيفة) وقال
إذا شرب منها بآباء لم يحنت لأنه المتعارف المفهوم وله أن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي
مستعملة ولهذا يحنت بالكرع إجماعاً فنفعت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفاً
ضروريات وجود فعل إلا كل ومثله ليس من باب المقتضى والا كان كل كلام كذلك إذ لا بد أن يستدعي
معناه زماناً ومكاناً فيكون لا يفرق بين قولنا الخطأ والذين هم مرفوعان وبين قام زيد وجلس عمرو فأنما هو
من باب حذف المفعول اقتصاراً وتناسياً وطائفة من المشايخ وإن فرقوا بين المقتضى والمحذوف وجعلوا
المحذوف يقبل العموم فلما أن نقول عمومته لا يقبل التخصيص وقد صرح من المحققين جمع بأن من
العمومات ما لا يقبل التخصيص مثل المعاني إذا قلنا بأن العموم من عوارض المعاني كما هو من عوارض
الالفاظ وغير ذلك فكذلك هذا المحذوف إذ ليس في حكم المنطوق لتناسيه وعدم الالتفات إليه إذ ليس
الغرض إلا الأخبار بمجرد الفعل على ما عرف من أن الفعل المتعدي قد ينزل منزلة اللازم لما قلنا
والاتفاق على عدم صحة التخصيص في باقي المتعلقات من الزمان والمكان حتى لو نوى لاياً كل في مكان
دون آخر أو زمان لا تصح ينسبه بالاتفاق ومن صور تخصيص الحال أن يقول لأ كرم هذا الرجل وهو
قائم ونوى في حال قيامه فنيته لغو بخلاف ما لو قال لأ كرم هذا الرجل القائم فإن نية تعمل فيما بينه
وبين الله تعالى والفرق بأن المفعول في حكم المذكر إذا لا يعقل الفعل إلا به قلبته ممنوع بل تقطع بتعقل
معنى المتعدي بدون إخطاره فأنما هو لازم لوجوده لا مدلولاً للفظ هذا وكون إرادة نوع ليس تخصيصاً
من العام مما يقبل المنع لأنه لا يخرج عن قصر عام على بعض متساوياته وأقرب الأمور اليك قوله لا تقتلوا
النساء والصبيان تخصيص لاقتلوا المشركين والنساء نوع مندرج تحت المشركين ومعنى تخصيص
النوع ليس إلا إخراج جميع أفرادها كما نحن فيه تخصيص السفر بتخصيص كل ما يصدق عليه اسم السفر
فيستمر الأشكال في عين المساكنة والخروج وقد أنكره من ذكرنا ولا يجاب بما ذكر في الذخيرة جواباً
عن إيراد قائل لو صحت نية الشراء لنفسه فن حيث أنه بيان نوع لا بيان تخصيص كان يجب أن يصدق في
القضاء كما في الخروج وكما في قوله أنت بائن فلنا نية الشراء لنفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من
وجه في حق الحقوق لأن الشراء لنفسه ولغيره سواء في حق الحقوق فن هذا الوجه هو شئ واحد وله
عموم فاذا نوى أحدهما كان تخصيصاً ولكن في حق الملك بيان نوع لأنهما مختلفان في حق الملك فوفرنا
على الشبهين حفظهما ما قلناه من حيث أنه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وإن لم يكن
الاسم ملفوظاً ومن حيث أنه تخصيص لم يجز في القضاء وهذا بخلاف قوله أنت بائن يصح نية أي أنواع
البنوثة شاء من عصمة النكاح وغيرها لأن الأعم في الإثبات لا يعم استغراقاً بخلافه في النفي لو قلت رأيت
رجلاً لا يعم أصناف الرجال استغراقاً بخلاف ما رأيت رجلاً (قوله ومن حلف لا يشرب من دجلة
فشرب منها بآباء لم يحنت حتى يكرع منها كراعاً) أي تناول بفمه من نفس النهر عند أبي حنيفة يعني إذا
لم تكن له نية أما إذا نوى بآباء حنت به إجماعاً وقالوا لا يشرب منها كيف يشرب بآباء أو يبيده أو كراعاً حنت
لا فرق بين ذلك وبين قوله من ماء دجلة حيث يحنت بالشرب من مائها بآباء أو كراعاً في دجلة أو نهر آخر
بأخذ من دجلة لأن نسبة الماء إليها ثابتة في جمع هذه الصور وقولها ما قول الشافعي وأحد وجهه أنه هو
المتعارف المفهوم من قولنا شربت من دجلة وهو وإن كان مجازاً أمّا مجاز حذف أي من ماء دجلة أو مجاز
علاقة بأن يعبر بدجلة عن مائها وهو أولى من مجاز الحذف لا كثرة بالنسبة إليه ولشبهة جري النهر
مقرر بن له بأن علاقته المجاورة ثم هو أشهر من أن يراد به نفس الكرع فيصرف إليه فيعم الكرع وغيره
كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنت بالدخول كنهما كان بخلاف ما لو استلقى وأدخل قدميه فقط
لا يحنت لأن هذا ليس دخلاً ولا يميناً انعقدت عليه وله أن المعنى الحقيقي للكلام الكرع وهو مستعمل

(ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بآباء لم يحنت حتى يكرع منها كراعاً عند أبي حنيفة) وقال
إذا شرب منها بآباء لم يحنت لأنه المتعارف المفهوم وله أن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي
مستعملة ولهذا يحنت بالكرع إجماعاً فنفعت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفاً

ضروريات وجود فعل إلا كل ومثله ليس من باب المقتضى والا كان كل كلام كذلك إذ لا بد أن يستدعي
معناه زماناً ومكاناً فيكون لا يفرق بين قولنا الخطأ والذين هم مرفوعان وبين قام زيد وجلس عمرو فأنما هو
من باب حذف المفعول اقتصاراً وتناسياً وطائفة من المشايخ وإن فرقوا بين المقتضى والمحذوف وجعلوا
المحذوف يقبل العموم فلما أن نقول عمومته لا يقبل التخصيص وقد صرح من المحققين جمع بأن من
العمومات ما لا يقبل التخصيص مثل المعاني إذا قلنا بأن العموم من عوارض المعاني كما هو من عوارض
الالفاظ وغير ذلك فكذلك هذا المحذوف إذ ليس في حكم المنطوق لتناسيه وعدم الالتفات إليه إذ ليس
الغرض إلا الأخبار بمجرد الفعل على ما عرف من أن الفعل المتعدي قد ينزل منزلة اللازم لما قلنا
والاتفاق على عدم صحة التخصيص في باقي المتعلقات من الزمان والمكان حتى لو نوى لاياً كل في مكان
دون آخر أو زمان لا تصح ينسبه بالاتفاق ومن صور تخصيص الحال أن يقول لأ كرم هذا الرجل وهو
قائم ونوى في حال قيامه فنيته لغو بخلاف ما لو قال لأ كرم هذا الرجل القائم فإن نية تعمل فيما بينه
وبين الله تعالى والفرق بأن المفعول في حكم المذكر إذا لا يعقل الفعل إلا به قلبته ممنوع بل تقطع بتعقل
معنى المتعدي بدون إخطاره فأنما هو لازم لوجوده لا مدلولاً للفظ هذا وكون إرادة نوع ليس تخصيصاً
من العام مما يقبل المنع لأنه لا يخرج عن قصر عام على بعض متساوياته وأقرب الأمور اليك قوله لا تقتلوا
النساء والصبيان تخصيص لاقتلوا المشركين والنساء نوع مندرج تحت المشركين ومعنى تخصيص
النوع ليس إلا إخراج جميع أفرادها كما نحن فيه تخصيص السفر بتخصيص كل ما يصدق عليه اسم السفر
فيستمر الأشكال في عين المساكنة والخروج وقد أنكره من ذكرنا ولا يجاب بما ذكر في الذخيرة جواباً
عن إيراد قائل لو صحت نية الشراء لنفسه فن حيث أنه بيان نوع لا بيان تخصيص كان يجب أن يصدق في
القضاء كما في الخروج وكما في قوله أنت بائن فلنا نية الشراء لنفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من
وجه في حق الحقوق لأن الشراء لنفسه ولغيره سواء في حق الحقوق فن هذا الوجه هو شئ واحد وله
عموم فاذا نوى أحدهما كان تخصيصاً ولكن في حق الملك بيان نوع لأنهما مختلفان في حق الملك فوفرنا
على الشبهين حفظهما ما قلناه من حيث أنه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وإن لم يكن
الاسم ملفوظاً ومن حيث أنه تخصيص لم يجز في القضاء وهذا بخلاف قوله أنت بائن يصح نية أي أنواع
البنوثة شاء من عصمة النكاح وغيرها لأن الأعم في الإثبات لا يعم استغراقاً بخلافه في النفي لو قلت رأيت
رجلاً لا يعم أصناف الرجال استغراقاً بخلاف ما رأيت رجلاً (قوله ومن حلف لا يشرب من دجلة
فشرب منها بآباء لم يحنت حتى يكرع منها كراعاً) أي تناول بفمه من نفس النهر عند أبي حنيفة يعني إذا
لم تكن له نية أما إذا نوى بآباء حنت به إجماعاً وقالوا لا يشرب منها كيف يشرب بآباء أو يبيده أو كراعاً حنت
لا فرق بين ذلك وبين قوله من ماء دجلة حيث يحنت بالشرب من مائها بآباء أو كراعاً في دجلة أو نهر آخر
بأخذ من دجلة لأن نسبة الماء إليها ثابتة في جمع هذه الصور وقولها ما قول الشافعي وأحد وجهه أنه هو
المتعارف المفهوم من قولنا شربت من دجلة وهو وإن كان مجازاً أمّا مجاز حذف أي من ماء دجلة أو مجاز
علاقة بأن يعبر بدجلة عن مائها وهو أولى من مجاز الحذف لا كثرة بالنسبة إليه ولشبهة جري النهر
مقرر بن له بأن علاقته المجاورة ثم هو أشهر من أن يراد به نفس الكرع فيصرف إليه فيعم الكرع وغيره
كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنت بالدخول كنهما كان بخلاف ما لو استلقى وأدخل قدميه فقط
لا يحنت لأن هذا ليس دخلاً ولا يميناً انعقدت عليه وله أن المعنى الحقيقي للكلام الكرع وهو مستعمل

(وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها بانه حنث) لانه بعد الاعتراف بقي منسوب اليه وهو الشرط
فصار كما اذا شرب من ماء نهر ياخذ من دجلة

للعرب وأهل العرف لان كثير من الرعا وغيرهم من أهل العرف يفعلونه وروى عنه عليه السلام
أنه أتى قومًا فقال هل عندكم ماء بات في شن والا كرعنا واذا كان المعنى الحقيقي مستعملًا كانت الحقيقة
مستعملة فينقد عليها اليقين لان الحقيقة لما تم حجر كانت أولى من المجاز ولهذا يحنث بالكرع اجماعا
الا أنهم ما يقولون حنث به باعتبار أنه من أفراد المجاز لا باعتبار ارادة الحقيقة بذلك فلا يلزم الجمع بين الحقيقة
والمجاز ولا اهدار هذا القسم وانما قلنا ان الكرع حقيقة اللفظ لان من هنا لا يتداه الغاية فالمعنى ابتداء
الشرب من نفس دجلة وذلك انما يكون بوضع الفم عليها نفسها فاذا وضع الفم على يده أو كوز ونحوه فيه
ماؤها لم يصدق حقيقة اللفظ وهو وضعه على نفسها أو ما في الهداية من أنها للتبعيض فانما يصلح
توجيهها لقولها لان المعنى حينئذ لا يشرب بعض ماء دجلة اذ لو أراد حقيقة دجلة لم يكن للكلام معنى
لان نفس دجلة وهو الارض المشقوقة نهر ليس مما يشرب ولو أراد مجاز دجلة وهو ماؤها صحت التبعيض
ويصير المراد لا يشرب من ماء دجلة وهو نفس قولهم ما في حنث بالكرع وغيره لانه ماء دجلة وعلى هذا
فيتم توجيه قولهم ما بعد الوجه المشهور في تقدم المجاز المتعارف وهو أن الكلام عند عدم قرينة ارادة المعنى
الاصلي انصرف الى المشهور منه وان جعلت من للبيان بأن يقال وضع الفم على نفس دجلة لا يفعل (١)
وهو الحقيقة على تقدير كونها لا ابتداء فلزم أن يراد بلفظ دجلة ماؤها وحينئذ جاز أن تكون من التبعيض
فالمعنى لا يشرب بعض ماء دجلة أو لا ابتداء والمعنى لا يكون ابتداء الشرب من ماء دجلة فيحنث بشرب
مائها كرها وغيره أو ما الاستدلال له بقوله تعالى ان الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه الى قوله الا من اغترف
غرفة بيده من جهة أنه يفيد أن ما باليد يخالف الشرب منه فقط وهو بناء على أنه استثناء منقطع
والاتصال أولى اذا أمكن وهو ممكن بل المعنى عليه فان المراد أنهم ابتلوا بترك الشرب من النهر شرب كفايه
ورى فان حصل المعنى من شرب منه مطلقا قليلا أو كثيرا كافيا فليس متى الامن شرب منه قدر كفه تحقيقا
بأن اغترفها والذي انتظم عليه رأى أصحابنا في الدرس في توجيه قول أبي حنيفة رحمه الله أن اسم الدجلة
على قول الكل حقيقة في نفس النهر دون الماء واردة وضعه على نفس أجزاءه منتف فالمراد ليس
الوضع على الماء الكائن فيها وحينئذ جاز كون الاسم حقيقة فيه مشتركا أو مجازا فان فرض مشتركا
فلا إشكال أن حقيقة اللفظ أعني مجموع التركيب بوضع الفم في مائها حال كونه في خصوص ذلك المحل
وان فرض مجازا في هذا الماء فعنى قوله اللفظ حقيقة مستعملة الخ أن التركيب حقيقة في وصل المعنى
الحقيقي للآشرب بالمعنى المجازي لدجلة وهو الماء الكائن في النهر الخاص وحينئذ جاز كون من التبعيض
والمعنى لا يشرب بعض دجلة أي الماء الخاص في المكان الخاص فظهر إمكان كونها للتبعيض مع صحة
قوله للفظ أي التركيب حقيقة مستعملة هي الشرب من نفس الماء الكائن في المكان الخاص ثم يترج
مجازا في المفرد أعني دجلة المستعمل في مائها بقيد كونه في نفس النهر على مجازهما وهو دجلة في مائها
لا بهذا القيد حتى حنث بالشرب منه بانه ومن نهر صغير يأخذ منها بانه مجازا أقرب الى الحقيقة أعني دجلة
معنى النهر وتطير المستثنين ما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصب الماء الذي فيه في كوز آخر فشرب
منه لا يحنث بالاجماع ولو قال من ماء هذا الكوز فصب في كوز آخر فشرب منه حنث بالاجماع وكذا
لو قال من هذا الحب أو من ماء هذا الحب فنقل الى حب آخر ولو قال من هذا الحب أو من هذا البئر قال
أبو سهل الشري لو كان الحب أو البئر ملائ فيمينه على الكرع عند أبي حنيفة رحمه الله لا مكان العمل
بالحقيقة وعندهما على الاعتراف وينبغي أن يقال على ما هو أعم من الاعتراف وان لم يكن ملائ فيمينه
على الاعتراف ولو تكلف في هذا الصورة وكرع من أسفل الحب والبئر اختلفوا والصحيح أنه لا يحنث لعدم

وقوله (ولو حلف لا يشرب
من ماء دجلة) ظاهر

(١) قول الكل لا يفعل
أي لان ارادة وضع الفم
على نفس أجزاء النهر منتف
كما أتى كذا بهامش

قال (ومن قال ان لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فأمر أنه طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث) علم عدم الماء في الكوز أو لم يعلم (فان كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يحنث) (٦٠) عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يحنث في ذلك كله) أي فيما اذا كان فيه الماء

وفيما لم يكن وما ذكر من الوجه للجانبين فواضح واعتراض على وجهه ما بأن البر متصور في صورة الازالة لان إعادة القطرات المهرقة ممكنة فكان متصورا وأجيب بأن البر انما يجب في هذه الصورة في آخر جزء من أجزاء اليوم بحيث لا يسع فيه غيره فلا يمكن القول فيه بأعادة الماء في الكوز وشربه في ذلك الزمان وقوله (ولو كانت اليمين مطلقة) أي عن ذكر اليوم (ففي الوجه الاول) يعني فيما اذا لم يكن في الكوز ماء (لا يحنث عندهما) وعنده يحنث في الحال وفي الوجه الثاني) وهو أن يكون فيه ماء فأهريق (يحنث في قولهم جميعا)

(ومن قال ان لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فأمر أنه طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يحنث في ذلك كله) يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى وأصله أن من شرط انعقاد اليمين وبقائه تصور البر عندهما خلافا لابي يوسف لان اليمين انما تعتقد للبر فلا بد من تصور البر ليكن ايجابه وله انه ممكن القول بان عقده موجب للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجب للكفارة (ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند أبي يوسف يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا)

العرف بالكرع في هذه الحالة (فروع) لو قال لا أشرب من الفرات فشرب من نهر أخذ منه لم يحنث اجماعا أما عنده فلان يمينه على الكرع وأما عندهما فلانه مثل الفرات في امسالك الماء فيقطع النسبة فخرج عن عموم المجاز أما لو قال لا أشرب من ماء الفرات فشرب من نهر أخذ منه حنث لان يمينه على ماء منسوب الى الفرات والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغار ولو قال لا أشرب ماء فرائي يحنث بكل ماء عذب في أي موضع كان ولو حلف لا يشرب من ماء المطر فحرت الدجاة لعناء المطر فشرب لم يحنث ولو شرب من ماء وادسالة المطر ولم يكن فيه ماء قبل ذلك أو من ماء مطر مستقنع حنث ولو حلف لا يشرب من هذا الماء فأنجمد فأكله لا يحنث فان ذاب فشرب حنث قال الفقيه أبو الليث هذا بمنزلة ما اذا حلف لا يجلس على البساط فجعله خراجا فجلس عليه لا يحنث فان فتقه فصار بساطا فجلس عليه حنث وفي فتاوى محمد بن الوليد لا يحنث اذا شربه لانه قطع النسبة الاولى لانتسابه الى الجمد ولو كان في الحل حنث لان النسبة لا تنقطع ولو حلف لا يشرب من وسط دجلة فوسطه ما لم يطلق عليه اسم الشط وذلك قدر ثلث النهر أو ربعة والظاهر أن هذا لا يتأني في النيل لان الشط ينتهي قبيل الربع أيضا سعته ومن حلف لا يشرب نبيذا فهو المسكر من ماء العنب ولو مطبوخا لان الصالحين يسمونه شاربا خرا ولو فوى المسكر يحنث بكل مسكر ولو حلف لا يشرب شرابا يحنث بشرب الماء والنبيذ وكذا بالسمي عندنا أقسمة وفعاء لا يشرب الخسل والسمن والزيت والعسل وقيل لا يحنث بالماء وهو الظاهر لان العرف في اسم الشراب لغیر الماء ويحنث بشراب السينوفر وقيل لا يقع على المتخذ من الحبوب حلف لا يشرب بغير اذن فلان فأعطاه فلان ولم ياذن بلسانه في الخلاصة ينبغي أن يحنث وهذا دليل الرضا وليس باذن ولو حلف لا يشرب خرا فزجها بغير جنسها كالأقسمة ونحوه يعتبر بالغالب وانما تعرف الغلبة باللون والطعم فيعتبر بالغالب منهما كذا روى عن أبي يوسف في النوار فبما اذا حلف لا يشرب لبنا فصب عليه ماء وشربه يحنث ان كان اللون لون اللبن ويوجد طعمه وان كان لون الماء لا يحنث وعن محمد تعتبر الغلبة من حيث القلّة والكثرة بالاجزاء وان كانا سوأ حنث استحسانا وأما اذا خلطه بجنسه بأن حلف على لبن بقره فخلطه بلبن بقره أخرى فعند أبي يوسف هو كالجنس يعتبر بالغالب وعند محمد يحنث بكل حال لان الجنس عنده لا يغلب الجنس بل يتكرر بجنسه وهذا الخلاف فيما عتجز بالازج أما فيما لا عتجز كالدهن يحنث بالاتفاق اذا عتجز عيشه على الدهن (قوله) ومن قال ان لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فأمر أنه طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث وان كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وجهما الله) سواء علم وقت الحلف أن فيه ماء أو لم يعلم (وقال أبو يوسف رحمه الله يحنث في ذلك كله اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى وأصله) أي أصل هذا الخلاف أن تصور البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت ولبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما الى وقت وجوب السبر وهو قول مالك ووجه

قال المصنف (ومن قال ان لم أشرب الخ) أقول وان كان يعلم انه لا ماء في الكوز ينعقد عند الثلاثة كذا في البدائع وفيه أيضا وعلى هذا الخلاف اذا قال والله لأقتل فلانا وفلان ميت وهو لا يعلم موته لا ينعقد عندهم خلافا لابي يوسف وان كان عالما بموته ينعقد عندهم خلافا لفرقاه وسيجي من المصنف في باب اليمين في القتل والضرب أن الصحيح انه ليس في مسألة

الكوز تفصيل العلم (قوله واعتراض على وجهه ما بأن البر متصور في صورة الازالة لان إعادة القطرات المهرقة عند ممكنة الخ) أقول كما اذا حب في اناه آخر لا في الارض وفيه تأمل (قوله وأجيب بأن البر الى قوله يسع فيه غيره) أقول ضمير غيره راجع الى البر

فأبو يوسف فرق بين المطلق والمؤقت ووجه الفرق أن التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنت قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز في حنت في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق أن في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنت في عيونه كما اذا مات الخالف والماء باق أما في المؤقت فيجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم تبقى محمية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه فتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة

عند الشافعية وعند أبي يوسف لا يشترط تصور البر في انعقاد اليمين المطلقة ولا بقاء المقيدة وهو وجه آخر للشافعية ومما اتفق على الخلاف لو حلف ليقتلن زيد اليوم فمضى اليوم لا يحنت عندهما ويحنت عند أبي يوسف في آخر جزء من اليوم وكذا لو حلف ليقتلن به وهو ميت والخالف جاهل بموته لا يحنت عندهما خلافا له وانما شرطنا جهله بموته عندهما لانه لو كان عالما بموته انعقدت وحنت بالاتفاق لان اليمين انعقدت على ازالة حياة يحميها الله فيه بخلاف ما اذا لم يكن عالما لانه عقدها على حياته القائمة في ظنه والواقع انتفاؤها فكان البر غير متصور كمسألة الكوز فانه وان أمكن احداث الله تعالى الماء فيه لكنه ماء آخر غير المحلوف عليه فان الحلف كان على الماء الكائن فيه حال الحلف ولا ماء فيه اذ ذلك فاذا لا ينعقد عندهما وكذا اذا حلف لياكل هذا الرغيف اليوم فأكل قبل الليل أو ليقضي فلانادينه غدا وفلان قدماء ولا علم له أومات أحدهما قبل مضي الغدا وقضاء قبله أو أراه فلان قبله لم تنعقد عندهما وانعقدت عند أبي يوسف رحمه الله وكذا لو قال لزيد ان رأيت عمرا فلم أعلمك فعبدى حر فرأى مع زيد فسكت ولم يقل شيئا أو قال هو عمر ولا يعتق عندهما لفوات الاعلام فلم تبقى اليمين وعنده يعتق لبقاء اليمين وفوات المعقود عليه وكذا اذا حلف لا يعطيه حتى يأذن فلان فمات فلان ثم أعطاه لم يحنت خلافا له وكذا البضرب به أو ليكلمه وجه قولهما أن اليمين انما تنعقد للبر جلا أو منعاه أو لظهار معنى الصدق فكان محلها خبرا يمكن فيه البر فاذا لم يمكن فمات محلها ولا انعقاد الا في محلها واذا لم تنعقد فلا حنت ولا يوجب يوسف أنه أمكن اعتبارها منعقدة للبر على وجه يظهر في الحلف وهو الكفارة كما قلنا في الحلف على مس السماء أو ليقبلن هذا الحجر ذهباً حيث يتقدم مع استحالة عادة ثم يحنت في الحال لما قلنا قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الحلف لانه فرع الاصل فينعقد أولا في حقه ثم ينتقل الى الحلف للعجز الظاهر ولذا لم تنعقد الغوس موجبة للكفارة حيث كان البر مستحيلا فيها ولو كانت اليمين مطلقة عن الوقت بان لم يذكروا اليوم ففي الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنت عندهما لعدم انعقادها لعدم تصور البر وعند أبي يوسف يحنت للحال وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان فيه ماء فأهريق يحنت في قولهم جميعا (قوله فأبو يوسف فرق الخ) لاشك أن هنا أربع صور صورتيان في المقيدة باليوم أو وقت آخر جمعة أو شهر وهما أن يكون في الكوز ماء وقت الحلف وأن لا يكون وصورتان في المطلقة عندهما هاتان أيضا ففي المقيدة ولا ماء لا تنعقد عندهما لعدم تصور البر فلا يتصور الحنت وتنعقد عنده ويحنت للحال للعجز الدائم عن البر من وقت الحلف الى الموت وفي المقيدة مع وجود الماء تنعقد به اتفاقا فاذا أهريق قبل آخر الوقت بطلت عندهما لان انعقادها ثم طرأ العجز عن الفعل قبل آخر المدة لفوات شرط بقائها وهو تصور البر حال البقاء الى آخر الوقت وعنده يتأخر الحنت الى آخر جزء من الوقت فهناك يحنت وفي المطلقة ولا ماء لا تنعقد عندهما وعنده تنعقد ويحنت للعجز الحالى الذي لا يرجح زواله وفي المطلقة وفيه ماء تنعقد اتفاقا لا مكان البر عندهما فاذا أريق حنت اتفاقا أما عند أبي يوسف فبطريق أولى مما قبله وأما عندهما فلان تصور البر ليس شرطا في المطلقة الا لانعقادها فقط وقد وجد حال الانعقاد لفرض وجود الماء حال الحلف فقد فرق أبو يوسف بين المقيدة فأوجب الحنت مطلقا آخر الوقت وبين المطلقة اذا كان الماء موجودا حال الحلف فأوجب الحنت حال الازالة فاذا لم يكن موجودا فالحنث بعد فراغه من

هو شرط لانعقاد اليمين كذلك لبقائها

قال (ومن حلف ليصعدن السماء أوليقلبن هذا الحجر ذهباً انعقدت يمينه وحنث عقبيها) وقال زفر لا تنعقد لانه مستحيل عادة فأشبهه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا أن البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء وكذا تحوّل الحجر ذهباً بتحويل الله تعالى وإذا كان متصوراً ينعقد اليمين موجباً لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما إذا مات الخالف فانه يحنث مع احتمال إعادة الحياة بخلاف مسألة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد

اليمين والفرق أن التأقبت للتوسعة على نفسه في الفعل فلا يتعين الفعل عليه الا في آخر جزء من الوقت وان كان التأخير لا يرجي له فائدة فيما اذا لم يكن ماء وقت الحلف لكن اللفظ ما أوجب انعقاد اليمين في حق الفعل مضيقاً متعيناً الا في آخر جزء منه فلا يحنث قبله وكذا اذا كان فيه ماء فصب له هذا بعينه بخلاف المطلقة ولا ماء فانه لا فائدة في تأخير الحنث وان كانت اليمين المطلقة لا يقع الحنث فيها الا بموت الخالف أو المحلوف عليه في مثل حلفه على ضربه أو طلاقها فان ذلك اذا كان البر مرجحاً ولا رجاء له هنا وفيما اذا كان الماء موجوداً لا يثبت هذا اليأس الا عند الازالة فيحنث اذ ذلك وهما أيضاً يحتاجان الى الفرق لانه لا يحنث عندهما اذا ذكر الوقت فأهريق قبل آخره واذا لم يذ كر فأهريق يحنث والفرق أن الوقت اذا ذكر كان البر واجباً عليه في الجزء الاخير وعند المحلوف عليه فائت فكأنه حلف اذ ذلك لبشر بن مافى هذا الكوز اليوم وعلمت بهذا ان اشتراطهما بقاء التصور لبقاء اليمين المؤقتة هو في المعنى اشتراط التصور لان عقاد اليمين المطلقة بخلاف ما اذا لم يذ كر الوقت فان البر واجب عليه في الحال فاذا فات المحلوف عليه حنث ولقائل أن يقول وجوب البر في المطلقة في الحال ان كان بمعنى تعينه حتى يحنث في ثاني الحال فلا شك انه ليس كذلك وان كان بمعنى الوجوب الموسع الى الموت فيحنث في آخر جزء من الحياة فالمؤقتة كذلك لانه لا يحنث الا في آخر جزء من الوقت الذي ذكره فذلك الجزء بمنزلة آخر جزء من الحياة فلا يثبطل اليمين عند آخر أجزاء الوقت في المؤقتة ولم تبطل عند آخر جزء من الحياة في المطلقة ومن فوائده هذه الخلافية ما لو قال رجل لامرأته ان لم تهبي لي صداقك اليوم فانت طالق فقال أبوها ان وهبت له صداقك فأملك طالق فحيلة عدم حنثه ما أن تشتري منه بمهرها أو بملفوف أو بقبضة فاذا مضى اليوم لم يحنث أبوها لانهم لم تهب صداقها ولا الزوج لانها عجزت عن الهبة عند الغروب لان الصداق سقط عن الزوج بالبيع ثم اذا أرادت عود الصداق ردت به بخيار الرؤية (قوله ومن حلف ليصعدن السماء أوليقلبن هذا الحجر ذهباً انعقدت يمينه وحنث عقبيها) يعني اذا حلف مطلقاً كما هي في الكتاب أما اذا وقت اليمين فقال لا يصعدن غداً لم يحنث حتى يمضي ذلك الوقت حتى لو مات قبله لا كفارة عليه اذ لا حنث وقال زفر لا تنعقد أصلاً لانه مستحيل عادة فيجعل كالمستحيل حقيقة كما الكوز فلا تنعقد ولنا أن صعود السماء ممكن ولذا يصعدن الملائكة وبعض الانبياء وكذا تحويل الحجر ذهباً بتحويل الله بخلقه صفة الخيرية والبأس صفة الذهنية بناء على أن الجواهر كلها متجانسة مستوية في قبول الصفات أو باعدام الاجزاء الخيرية وابدالها بأجزاء ذهنية والتحويل في الاول أظهر وهو ممكن عند المتكلمين على ما هو الحق ولعله من اثبات كرامات الاولياء فكان البر متصوراً فتنعقد اليمين موجبة لخلفه وهو الكفارة للعجز الثابت عادة فلا يرجي زواله وصار كما اذا مات الخالف فانه يحنث في آخر جزء كما قلنا مع احتمال إعادة الحياة فيه فيثبت معه احتمال أن يفعل المحلوف عليه ولكن لم يعتبر ذلك الاحتمال بخلاف العادة فيحكم بالحنث اجماعاً بخلاف مسألة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز الذي لا ماء فيه لا يمكن ولا يتعلق القدرة به فلذا لم تنعقد فخط الخلاف أنه الحق المستحيل عادة بالمستحيل حقيقة ونحن نمنعه وكل ما وقع في هذه المسائل من لفظ متصور فعناه ممكن وليس معناه متعقلاً منقلاً منقلاً والله أعلم

وقوله (ومن حلف ليصعدن السماء) على ما ذكره ظاهر واعتراض بأن تصور البر لو كان كافياً في خلفية الكفارة لوجب في الغموس لان الله تعالى قادر على إعادة الزمان الماضي وقد فعلها سليمان صلى الله عليه وسلم وأوجب بأن تصور البر في الغموس بأن يجعل الفعل الذي لم يوجد موجوداً منه وهو مستحيل وقوله (وان كان متصوراً ينعقد اليمين) انما كان كذلك لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وايجاب الله تعالى يعتمد التصور دون القدرة فيما خلف ألا ترى أن الصوم واجب على الشيخ الفاني ولم تكن له قدرة لكان التصور والخلف وكذلك ههنا حنث عقيب وجوب البر فوجب الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم

قوله (لان ايجاب العبد معتبر الخ) أقول أي مقبس

باب اليمين في الكلام

لما ذكر بيان ايمان السكني والدخول والخروج والاكل والشرب للعق الذي ذكرنا شرع (٦٣) في بيان الفعل الجامع الذي يستتبع

الابواب المتفرقة وهو

الكلام اذا اليمين في العتق

والطلاق والبيع والشراء

واليمين في الحج والصلاة

والصوم من أنواع الكلام

فذكر الجنس مقدم على

ذكر النوع (ومن حلف لا

يكلم فلانا فكلما هو

بحيث يسمع الا انه قائم

حنث) نقل صاحب النهاية

عن شيخ الاسلام أن التكليم

عبارة عن اسماع كلامه كما

في تكليم نفسه فانه عبارة عن

اسماع نفسه الا أن اسماع

الغير أمر باطن لا يوقف

عليه فأقيم السبب المؤدي

اليه مقامه وهو أن يكون

بحيث لو أصغى اليه أذنه

ولم يكن به مانع من السماع

لسمع ودار الحكم معه

وسقط اعتبار حقيقة

الاسماع وكلامه واضح

وقوله (لتغافله) أي لغفلته

وقوله (وفي بعض روايات

المبسوط) يريد ما روي في

رواية فناداه وأيقظه

بحنث فيه وهذه الرواية

تشير الى اشتراط الإيقاظ

للحنث وذكر في بعض

الروايات فناداه أو أيقظه

وهذه تدل على أنه متى ناداه

بحيث لو كان يقظان لسمع

صوته حنث وإن لم يوقظه

وقال شمس الأئمة السرخسي والظاهر أنه لا يحنث واليه أشار بقوله وعليه مشايخنا والوجه ما ذكره في الكتاب

باب اليمين في الكلام

قال (ومن حلف لا يكلم فلانا فكلما هو بحيث يسمع الا أنه قائم حنث) لانه قد كلفه ووصل الى سماعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله وفي بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه وعليه عامة مشايخنا لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته

باب اليمين في الكلام

لما فرغ من ذكر الافعال التي هي أهم من الكلام كالاكل والسكنى وتوابعهما شرع في الكلام اذا لابد من وقوعه لان الانسان لا بد له من اتصال ما في نفسه الى غيره لتحصيل مقاصده وبدأ بالكلام الاعم من خصوصيات العتق والطلاق وغيرها التقدم الاعم على الخصوصيات (قوله ومن حلف لا يكلم فلانا فكلما هو بحيث يسمع كلامه) لقرب مكانه منه (الا أنه قائم حنث) لانه قد كلفه ووصل الى سماعه الا أنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله) أي لغفلته فانه يحنث وهذا لان العلم بوصول صوته الى صمائه غير ثابت فأدير على مظنة ذلك فحكم به وهو كونه بحيث لو كان مصغيا سألما سمع ولهذا لو كان أصم حنث وفي بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه فانه قال في بعضها فناداه أو أيقظه وفي بعضها فناداه وأيقظه قال واختاره مشايخنا لانه اذا لم ينتبه بكلامه صار كما اذا ناداه من بعيد جدا بحيث لا يسمع صوته فضلا عن أن يميز حروفه وفي ذلك يكون لا غيلا لا متكلما مناديا وصار كما لو كان ميتا لا يحنث بكلامه بخلاف الأصم لانه يصح أن يقال كلمه اذا كان بحيث لو لا الصمم سمع لا يقال يصح مثل هذا في الميت لانه لا يقول عينه لا تتفقد الاعلى الحى لان المتعارف هو الكلام معه ولان الغرض من الحلف على ترك الكلام اظهار المقاطعة وذلك لا يتحقق في الميت والبعيد الذي لا شعوره ببدائه وكلامه لكن ما ذكر محمد في السير الكبير اذا نادى المسلم أهل الحرب بالامان من موضع يسمعون صوته الا أنهم لا يسمعون لشغلهم بالحرب فهو أمان قال السرخسي هذا يبين أن الصحيح في مسألة الايمان الحنث وإن لم يوقظه انتهى وقد فرق على هذه الرواية بأن الامان يحتاط في اثباته وقبل يحكم فيها بالخلاف فعنده يحنث لانه يجعل النائم كالمتيقظ وعندهما لا يحنث والمراد بما نسب اليه ما ذكر في باب التيمم من أن التيمم اذا امر وهو قائم على ماء ولا علم له به ينتقض تيممه وقد تقدم هناك ما فيها من الاستبعاد للمشايخ فانه لو كان مستيقظا حقيقة والى جانبه حفيظة ماء لا يعلم بها لا ينتقض تيممه فكيف بالنائم حتى حمله بعضهم على الناعس وأضيف الى هذه مسائل تزيد على عشرين جعل فيها النائم كالمتيقظ وفي الذخيرة لا يحنث حتى يكلمه بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها لا متصل فلو قال موصولا ان كلمتك فانت طالق فاذهي أو اخرجي أو قومي أو شتمها أو زجرها متصلا لا يحنث لان هذا من تمام الكلام الاول فلا يكون مرادا باليمين الا أن يريد به كلاما مستأنفا وهو وجه لأصحاب الشافعي وبه قال الشافعي في الاظهر وأحد ومالك وفي المنتقى لو قال فاذهي أو واذهي لا تطلق ولو قال اذهبي طلقت لانه منقطع عن اليمين وأما ما في نوادر ابن سماعة عن محمد لا أكلمك اليوم أو غدا حنث لانه كلفه اليوم بقوله أو غدا فلا شك في عدم صحته لانه كلام واحد فانه اذا أراد أن يحلف على أحد الأمرين لا يقال الا كذلك وعلى هذا اذا قال لا تخان ابنتك بكلام فعبدى حرفا لثبافس لم كل على الآخر مع اليمين وانحلت عينه لعدم تصور أن يكلمه بعد ذلك ابتداء ولو قال لها ان ابتدأت بكلام وقالت هي له كذلك لا يحنث اذا كلمها لانه لم يبتدئها

باب اليمين في الكلام

(قوله اذا اليمين الى قوله على ذكر النوع الخ) أقول فيه تأمل

(ولو حلف لا يكلمه الا
ماذنه) ظاهر وقوله (وأنه
يتم بالاذن كالرضا) يعني
أنه اذا حلف لا يكلمه الا
برضاه فرضي المحلوف عليه
بالاستثناء ولم يعلم الحالف
فكلمه لا يحسن لما أن الرضا
يتم بالراضي فكذلك الاذن
يتم بالآذن قلنا الرضا من
أعمال القلب فيتم بالراضي
ولا كذلك الاذن على ما مر
انه امام من الاذان الذي هو
الاعلام أو من الوقوع في
الاذن وذلك يقتضي السماع
ولم يوجد واعتراض بأنه لو
كان كذلك لما صار العبد
مأذونا اذا أذن له مولاه
وهو لا يعلم لكنه يصير مأذونا
فلم يكن الاذن محتاجا الى
الوقوع في الاذن وأجيب
بأن الاذن هذا فكل الحجر
في حق العبد والعبد
ينصرف بأهلية نفسه
ومالكه فيثبت بمجرد الاذن
وأما في اليمين فلما حرم كلامه
باليمين الا عند الاذن صار
الاذن ميثاقا لباحة الكلام
للحالف فلا بد من الاعلام
بذلك وهو مبني على تخصيص
العلة وأمره واضح عند
الاصولي

(قوله فرضي المحلوف عليه
بالاستثناء) أقول يعني
المستثنى (قوله اذا أذن له
مولاه) أقول أنكرا لالتقاني
كون العبد مأذونا بلا علمه
فراجع الى الشرح

(ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فأذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلف حنت) لان الاذن مشتق من الاذان الذي
هو الاعلام أو من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال أبو يوسف لا يحسن لان الاذن
هو الاطلاق وأنه يتم بالآذن كالرضا قلنا الرضا من أعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر

ولا يحسن بعد ذلك لعدم تصور ابتدائها ولو حلف لا يكلمه فسلم على قوم هو فيهم حنت الا أن لا يقصده
في صدق ديانة لا قضاء وعند مالك والشافعي رجهما الله قضاء أيضا أما لو قال السلام عليكم الاعلى واحد
صدق قضاء عندنا ولو سلم من الصلاة فان كان اماما قبل ان كان المحلوف عليه عن عيئه لا يحسن وان كان
عن يساره يحسن لان الاولى واقعة في الصلاة فلا يحسن بها بخلاف الثانية وقيل لا يحسن بها لانها في
الصلاة من وجه وكذا عن محمد لا يحسن بهما وهو الصحيح والاصح ما في الشافعي أنه يحسن الا أن ينوي غيره
وفي شرح القدوري فيما اذا كان اماما يحسن اذا نواه وان كان مقننا فعلى ذلك التفصيل عندهما وعند
محمد لا يحسن مطلقا لان سلام الامام يخرج المقنن عن الصلاة عندهم خلافا لهما وبه قال مالك ولودق
عليه الباب فقال من حنت وقال أبو الليث لوقال بالفارسية كبت لا يحسن ولو قال كى تر حنت وبه
أخذ وهو المختار ولوناداه المحلوف عليه فقال ليبيك أو لي حنت ولو كلف الحالف بكلام لا يفهمه المحلوف
عليه ففيه اختلاف الروايتين ولو أراد أن يأمره بشئ فقال وقدم المحلوف عليه باحاطة اسمع افعل
كبت وكبت فسمعه المحلوف عليه وفهمه لا يحسن قاله في الذخيرة ولو حلف لا يتكلم فناول امرأته شيا
وقال ها حنت ولو جاءه كافر يريد الاسلام فبين صفة الاسلام مسمعا له ولم يوجه اليه لم يحسن وفي المحيط
لوسج الحالف للمحلوف عليه للسهر أو فتح عليه القراءة وهو مقدم لم يحسن وخارج الصلاة يحسن ولو كتب
اليه كتابا أو أرسل رسولا لا يحسن لانه لا يسمى كلاما عرفا خلافا لمالك وأجد واستدلوا لهم بقوله تعالى
وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا فيحجب عنه بان مبني الايمان
على العرف واعلم أن الكلام لا يكون الا باللسان فلا يكون بالاشارة ولا الكتابة والاشارة والاقرار
والبشارة تكون بالكتابة لا بالاشارة والايحاء والاظهار والافشاء والاعلام يكون بالاشارة أيضا
فان نوى في ذلك كله أي في الاظهار والافشاء والاعلام والاشارة كونه بالكلام والكتابة دون الاشارة
دين فيما بينه وبين الله تعالى ولو حلف لا يحدثه لا يحسن الا أن يشافهه وكذا لا يكلمه يقتصر على
المشافهة ولو قال لا أبشركم فكتب اليه حنت وفي قوله ان أخبرتني أن فلانا قدم فحمله يحسن بالصدق
والكذب ولو قال بقدمه ونحوه فعلى الصدق خاصة وكذا ان أعلمتني وكذا البشارة ومثلها ان كبت
الى أن فلانا قدم فكتب قبل قدمه فوصل اليه الكتاب حنت سواء وصل اليه قبل قدمه أو بعده
بخلاف ان كبت الى بقدمه لم يحسن حتى يكتب بقدمه الواقع ذكر هشام عن محمد سألني هرون
الرشيد عن حلف لا يكتب الى فلان فأمر من يكتب اليه بأعياء أو اشارة هل يحسن فقلت نعم بأعياء
المؤمنين اذا كان مثلك قال السر خسي وهذا صحيح لان السلطان لا يكتب بنفسه وانما بأمر من عادتهم
الامر بالايحاء والاشارة ولو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه لا يحسن عند أبي يوسف ويحسن
عند محمد لان المقصود الوقوف على ما فيه لا عين النلفظ به ولو حلف لا يكلم فلانا وفلان لم يحسن بكلام
أحدهما الا أن ينوي كلاهما فيحسب بكلام أحدهما وعليه الفتوى وان ذكر خلافه في بعض المواضع
(قوله ومن حلف لا يكلمه الا باذنه فأذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلف حنت لان الاذن مشتق من الاذان)
أي بالاشتقاق الكبير (أ ومن الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع) قال المصنف (وقال أبو
يوسف لا يحسن) وهذه رواية عنه كما ذكره الاقطع في شرحه حيث قال ظاهر قولهم يحسن وعن أبي يوسف
لا يحسن ووجه هذه الرواية عنه أن الاذن هو الاطلاق وأنه يتم بالآذن كالرضا فانه لو حلف لا يكلمه
الا برضا فلان فرضي ولم يعلم الحالف حتى كلفه لا يحسن أجاب المصنف بأن الرضا من عمل القلب ولا

قال (وان حلف لا يكلمه شهر افهون حين حلف) لانه لو لم يذ كر الشهر لتأبد اليمين فذ كر الشهر ولاخراج ماوراءه فبقي الذي يلي عيینه داخل عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لا صوم من شهر لانه لو لم يذ كر الشهر لم تأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه (وان حلف لا ينكلم فقرأ القرآن في صلاته لا يحنت وان قرأ في غير صلاته حنت) وعلى هذا التسيج والتهيل والتكبير وفي القياس يحنت فيهما وهو قول الشافعي لانه كلام حقيقة ولنا أنه في الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقبل في عرفنا لا يحنت في غير الصلاة أيضا لانه لا يسمى منكما بل قارئا ومسجما

كذلك الاذن نعم هو يتضمن الرضا ظاهر الكن معناه الاعلام بالرضا فلا يتحقق بمجرد الرضا وما توفى به من انه ذكر في التمس والفتاوى الصغرى اذا اذن المولى لعبده والعبد لا يعلم بصح الاذن حتى اذا علم بصير ما ذونا دفع بانه يدل على نقيض مقصود المورد لدلالته على عدم الاذن قبل العلم حيث قال حتى اذا علم صار ما ذونا فعرف انه ليس له قبل العلم حكم الاذن يدل عليه ما في الشامل في قسم المبسوط اذن لعبده فلم يعلم به ولا أحد من الناس فتصرف العبد ثم علم بانه لم يجوز تصرفه غاية ما فيه ان الاذن يثبت موقوفا على العلم فسقط تكلف جوابه وقوله على ما مر يعني ما تقدم آتقان قوله لان الاذن مشتق من الاذان الخ (قوله وان حلف لا يكلمه شهر افهون) أي ابتداء الشهر (من حين حلف) لان دلالة حاله وهو غيظه الباعث على الحلف بوجوب ترك الكلام من الآن وتطيره اذا أجره شهرا لان العقود تزداد لدفع الحاجة القائمة في الحال ظاهر افكان ابتداءه من وقت العقد ولانه لو لم يعتبر من الحال فسد العقد لجهالة المدة بجهالة ابتداءها وكذا آجال الديون وأما الاجل في قوله كفلت لك بنفسه الى شهر اختلف في أنها البيان ابتداء المدة أو لانتهائها فعن أبي يوسف لانتهاء المطالبة فلا يلزم باحضاره بعد الشهر والحقها بآجال الديون فجعلها البيان ابتداءها فلا يلزم باحضاره قبل الشهر وهو أحسن لان الاجل في مثله للترفيه بخلاف ما لو قال والله لا صوم من شهر افانه نكرة في الاثبات وانما بوجوب شهر اشاعتا بعينه الخالف ولا موجب لصرفه الى الحال وأما قول المصنف لو لم يذ كر الشهر لتأبد فكان ذكر الشهر لاجرا ماوراءه فبقي ما يلي عيینه داخل عملا بدلالة حاله فظاهره أنه وجه واحد حيث لم يعطف قوله عملا بدلالة حاله بالواو ومن الشارحين من قرره وجهين لان دلالة الحال وحدها تستقل بصرف الابتداء الى ما يلي الحلف كما ذكرنا وما قبله وجه آخر وهو انه لو أطلق تأبد متصلا بالاجباب ولا يخفى أن ذكر الشهر لا دلالة له سوى على تقدير المدة الخاصة ثم الزائد عليه منتف بالاصل لا بدلالته على النفي ولو فرض له دلالة على نفي الزائد عليه لم يلزم كون ذلك الزائد هو ما يلي شهرا ابتداءه من الحال فلذا جعل المصنف قوله عملا بدلالة حاله هو المعين لا ابتداءها فكان وجهها واحدا الا أنك علمت من تقريرنا أن الحاجة الى ما قدمه من لزوم التأيد والخراج وأما ما فرغ على استقلال الاجرا مما ذكره التمر تاشي من قوله ان تركت الصوم شهرا أو كلامه شهرا تناول شهر من حين حلف لان ترك الصوم والكلام مطلقا يتناول الابد فذكر الوقت لاجرا ماوراءه وكذا ان لم أسا كنهه فالكل مشكل بل لو ترك الصوم شهرا في عمره حنت وان لم يتركه متصلا بالحلف وهو تحمیل اللفظ ما لم يوجبه نعم ان كان في مثله عرف بصرفه الى الوصل بالحلف والا فلا (قوله ولو حلف لا ينكلم فقرأ القرآن في الصلاة لا يحنت وان قرأ في غير الصلاة حنت) وعلى هذا التسيج والتهيل والتكبير (اذا فعله في الصلاة لا يحنت وخارجها يحنت وهذا جواب الاستحسان وفي القياس يحنت فيهما وهو قول الشافعي لانه أي القرآن والذكر كلام حقيقة ولنا أنه في الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى يحدث من أمره ما يشاء وان مما أحدث أن لا ينكلم في الصلاة متفق عليه وأما الحديث الذي ذكره المصنف من قوله صلى الله عليه وسلم ان صلاتنا هذه

(وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذ كر الشهر لتأبد اليمين) لان ما يلي اليمين صالح لمصلحة السبر أي جزء كان من أجزاء الليل والنهار واذا كان كذلك وقد وقعت النكرة في سياق النفي كان اليمين مؤبدا فذ كر الشهر لاجرا ماوراءه عملا بدلالة الحال وهي الغيظ الذي لحقه في الحال بخلاف ما لو قال والله لا صوم من شهر لانه لو لم يذ كر الشهر لم تأبد اليمين اما لانه نكرة في سياق الاثبات واما لان الصوم غير صالح للتأيد لتخلل الاوقات التي لا تصلح أن تكون محلا للصوم فكان ذكره لتقدير الصوم وأنه منكر فالنية تعينه وقوله (وان حلف لا ينكلم فقرأ القرآن) ظاهر

قال المصنف (وفي القياس يحنت فيهما وهو قول الشافعي) أقول في الكافي ما يخالفه فانه جعل قول الشافعي كقول خواهر زاده

(ولو قال يوم أ كأم فلانا فأمر أنه طالق فهو على الليل والنهار) لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يعتمد برأيه مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ بره والكلام لا يعتمد (وان عني النهار خاصة دين في القضاء) لأنه مستعمل فيه أيضا وعن أبي يوسف أنه لا يدين في القضاء لأنه خلاف المتعارف

لا يصلح فيها شيء من كلام الناس فقبل عليه أنه انما نفي عنها كلام الناس ولا يستلزم نفي الكلام مطلقا وهذا التفضيل جواب ظاهر المذهب ولما كان مبنى الايمان على العرف وفي العرف المتأخر لا يسمى التسبيح والقرآن أيضا ومما معه كلاما حتى أنه يقال لمن سبح طول يومه أو قرأ لم يتكلم اليوم بكلمة اختار المشايخ أنه لا يحث أيضا بجميع ذلك خارج الصلاة واختير للفتوى من غير تفصيل أي تفرق بين عقد اليمين بالعربية والفارسية وما ذكر في بعض المواضع من أنه لو قال كلمتا تكلمت بكلام حسن فأنت طالق فقالت سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر طلقت واحدة ولو قالت بلا عطف سبحان الله الحمد لا إله إلا الله الله أكبر طلقت ثلاثا لأنه كلام متعدد لاستئناف كل بخلاف المعطوف لأنه كلام واحد وقد دفع بأن الكلام في مطلق الكلام عرفا لا فيما قيد بقيد أصلا وأما الشعر فإنه يحث به لأنه كلام منظوم وفي الحديث أصدق كلمة قالها شاعر كلمة أريد

ألا كل شيء ما خلا الله باطل * وكل نعيم لا محالة زائل

وعرف مما تقدم أنه لا يحث بالكتابة والاعمال فوجه (قوله) ولو قال يوم أ كأم فلانا فأمر أنه طالق فهو على الليل والنهار) فإن كلمة لا أو نهارا حث ثم قال المصنف في وجهه لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يعتمد برأيه مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ بره ولا فرق بين التولية لبلا أو نهارا والكلام لا يعتمد قبل في وجهه لأنه عرض لا يقبل الامتداد لا يتجدد الامتثال كالضرب والجلوس والسفر والركوب ونحو ذلك وذلك عند الموافقة صورة ومعنى والكلام الثاني يفيد معنى غير مفاد الاول فليس مثلا وما قبل الكلام يتنوع الى خبر واستخبار وأمر ونهي فلا يحمل على الكلام المطلق أنه عتمد فقد يقال ولا يحمل عليه مطلقا أنه غير عتمد إذ كل نوع منه على هذا عتمد على أن اسم الكلام ليس الالفاظ مفيدة معنى كیفما كان فتعققت المماثلة سواء كان المفاد من نوع الاول أو لا وبه يدفع القولان ولذا قال الشيخ عبد العزيز الصحيح أن يقال الطلاق مما لا يعتمد لأن الكلام مما يعتمد يقال كلمته يوما ولأن اعتبار المظروف أولى من اعتبار المصاف إليه كما في قوله أمرك بيديك يوم يقدم فلان وقد تقدم تحقيق هذا الأصل في الطلاق واختلاف عباراتهم فيه وأن الاولى الاعتبار بالعامل المعبر واقعا فيه عند تحقق معنى ما أضيف إليه انظر وعدمه لجعل اليوم لمطلق الوقت وعدمه لأنه هو المقصود الأصلي بخلاف ما أضيف إليه لأنه ليس مقصودا للتعين ما يتحقق فيه ما قصد الى إثبات معناه بالقصد الاول واستشكل بما لو قال والله لا أ كأم فلانا اليوم ولا غدا ولا بعد غد فكله ليلا لا يحث لأن الليل لم يدخل وكذا لو قال في كل يوم لم يدخل الليل ذلك في التمسك وبه قال الشافعي وهذا لا يرد على ما هو المختار من اعتبار المقصود من التركيب كما ذكرنا بل على ما ذكر المصنف وجوابه أن المراد باليوم فيه النهار في المسئلة الاولى بدلالة إعادة حرف النفي عند ذكر الغد والام يمكن لذكره فائدة حتى لو قال لا أ كأم اليوم وغدا وبعد غد تدخل الليلة وبه قال الشافعي وهو كقوله ثلاثة أيام وفي المسئلة الثانية ذكر كلمة في في كل يوم لتجديد الكلام على ما عرف في أنت طالق في كل يوم تطلق ثلاثا في ثلاثة أيام ولو قال كل يوم تطلق واحدة ولا يتحقق التجديد لو أريد باليوم مطلق الوقت (قوله) وان عني النهار خاصة) أي بلفظ اليوم (دين) أي صدق (في القضاء لأنه مستعمل فيه) أي لأنه حقيقة مستعملة كثيرا فقبله القاضي وان كان فيه تخفيف على نفسه أو هو مشترك بين النهار ومطلق الوقت وعن أبي يوسف لا يدين في القضاء لأنه خلاف المتعارف فكان خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء

وقوله (ولو قال يوم أ كأم فلانا) ههنا ثلاث عبارات نهارا كأم فلانا وليله أ كأم فلانا يوم أ كأم فلانا فالاول لبيان النهار خاصة فلو كلف ليلا لم يحث

(ولو قال ليلة أكرم فلان فهو على الليل خاصة) لأنه حقيقة في سواد الليل كالتنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت (ولو قال ان كنت فلانا الآن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو قال الآن بأذن فلان أو حتى بأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن حث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحث) لأنه غاية

(قوله ولو قال ليلة أكرم فلان فهو على الليل خاصة) لأنه حقيقة في سواد الليل كالتنهار للبياض خاصة وما نافية وجاء استعماله في مطلق الوقت كما جاء في لفظ اليوم وأورد عليه قول القائل

وكنا حسبنا كل بيضاء شحمة * ليالي لا قينا جذاما وجيرا

سقيناهم كأسا سقينا بملها * ولكنهم كانوا على الموت أصبرا

والمراد مطلق الوقت فان الحرب لم تكن ليلا أجاب شمس الأئمة بأن المذكور الليالي بصيغة الجمع وذكر أحد العددين بصيغة الجمع ينتظم ما بآزائه من الآخر ولا كذلك المفرد يعني ذكر الليالي ينتظم النهار التي آزائها كما أن ذكر الأيام ينتظم الليالي التي آزائها قال تعالى أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام وفي آية أخرى ثلاث ليال سويا والقصة واحدة وليس الكلام الا في المفرد فان ذكر الليلة لا يستتبع اليوم ولا بالقلب ونظر فيه بعضهم بأنه يقتضي أن الشاعر قصد أن الملافة كانت مستوعبة لليالي تتبعها أيام بقدرها والمتعارف في مثل هذا الكلام انه انما يقصد به الوقت لا الجمع بين الأيام والليالي وليس هذا بشئ لأن الواقع قد يكون أن الحرب دامت بينهم أياما ولياليها وهذا كثير الوقوع فإراد أن يخبر بالواقع فعبر عنه بما يفيد ولا دخل لذلك في خصوص عرف (قوله ولو قال ان كنت فلانا الآن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو الا أن بأذن فلان أو حتى بأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم أو الاذن حث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحث لأنه غاية) أي لأن القدوم والاذن غاية لعدم الكلام لما قدمنا أن فعل الشرط مثبت في اليمين يكون للنفع منه فيكون في معنى المنى به وبالقلب فقوله ان كلمته حتى يقدم بمعنى لا أكلمه حتى يقدم وان وقع خلاف ذلك فامرأته طالق واذا كان غاية لعدم الكلام فاليمين معقودة على الكلام حال عدم الاذن فتبقى اليمين ما بقي عدم الاذن الواقع غاية فيقع الحث بالكلام حال عدمه وينتهي بعد الغاية لانها مقيدة به فلا يحث بالكلام بعد مجيئه واذنه اما أن حتى غاية قطاها واما ان الا ان غاية فلان به ينتهي منع الكلام فتشابهت الغاية اذا كانت الغاية لمنعه فأطلق عليها اسمها ومثله قوله تعالى لا يزال بنياهم الذي بنوارية في قلوبهم الا أن تقطع قلوبهم أي الى موتهم وقيل هي استثناء على حالها وفيه شئ وهو أن تقدير الاستثناء فيها انما يكون من الاوقات والاحوال على معنى امرأته طالق في جميع الاوقات والاحوال الا وقت قدوم فلان أو اذنه والاحال قدومه أو اذنه بتقدير مضاف الى المصدر المنسبك من أن يقدم وأن يأذن فان تقدير الا ان يأذن الا اذنه وهو يستلزم تقييد الكلام بوقت الاذن والقدوم فيقتضي أنه لو كلمه بعد القدوم أو الاذن حث لأنه لم يخرج عن اوقات وقوع الطلاق الا ذلك الوقت وهو غير الواقع ثم أورد أن الا أن شرط لا غاية لانها شرط في قوله امرأته طالق الا ان يقدم زيد فان المعنى ان لم يقدم زيد وأجيب بأنها انما تكون للغاية فيما يحتمل التأنيث والطلاق مما لا يحتمل يعني فتكون فيه للشرط اه وهذا يؤيد ما تقدم من أن الكلام مما يمتد له الشرط هنا بخلاف ما ذكر المصنف ولما كان مظنة أن يعترض بأن الشرط وهو الا أن يقدم مثبت فالمفهوم ان القدوم شرط الطلاق لا عدمه وجهه شارح آخر فقال وانما حل على ان لم يقدم في مسألة الطلاق لا على ان قدم لأنه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون القدوم علما على الوقوع وتحقيقه أن معنى التركيب وقوع الطلاق من الحال مستمر الى قدوم فلان فيرتفع فيكون قدومه علما على الوقوع قبله والمتحقق من ذلك أن الطلاق يقع حال قدوم فلان وهو المعبر عنه بقولنا ان لم يقدم حيث لم يمكن ارتفاعه

والثانية لسواده خاصة
فلو كلمه نهارا لم يحث وما جاء
استعماله في مطلق الوقت
وما جاء في قول الشاعر

وكنا حسبنا كل سوداء غمرة

* ليالي لا قينا جذاما وجيرا

مراد به الوقت فليس مما

نحن فيه لان كلامنا فيها

ذكر بلفظ المفرد وما في

الشعر بلفظ الجمع وذكر

أحد العددين بعبارة

الجمع يقتضي دخول ما بآزائه

من العدد الآخر وذلك أصل

آخر غير ما نحن فيه والثالثة

يعتبر بما قرن به ان قرن

بفعل لا يمتد براديه مطلق

الوقت قال الله تعالى ومن

يولهم يومئذ بره والكلام

مما لا يمتد وان قرن به ما يمتد

كالصوم براديه بياض النهار

والبحث فيه وظيفة أصولية

وقد قررناه في التقرير فان

عنى في قوله يوم أكرم فلانا

النهار خاصة صدق في القصة

لأنه مستعمل فيه أيضا قال

الله تعالى اذا نودى للصلاة

من يوم الجمعة والمراد به

بياض النهار وقوله (لأنه

غاية) أمانى كلمة حتى

(قوله وما جاء استعماله في

مطلق الوقت) أقول لفظ

مانافية في قوله وما جاء الخ

(قوله وذكر أحد العددين

الى قوله من العدد الآخر)

أقول والتفصيل في باب

الاعتساف

تظاهر وأما في الان فلما

تقدم من مناسبة معنى
الاستثناء معنى الغاية
وكونه مجازا للغاية قوله
(وان مات فلان) يعني الذي
أسند اليه القدوم أو الازن
سقط اليمين لانتفاء تصور
البر فان قيل إعادة الحياة
ممكنة فكان الواجب أن
لا يبطل اليمين فالجواب أن
اليمين انعقدت على القدوم
أو الازن في حياته القائمة
لالمعادة بعد موته وهي غير
المعادة لالمحالة ولهذا قلنا
اذا قال لاقتل فلانا وفلان
ميت ولم يعلم الخالف بموته
لا تعتقد اليمين لأنها وقعت
على الحياة القائمة قال
(ومن حلف لا يكلم عبد
فلان) اذا وقعت اليمين على
فعل يتعلق بمركب اضافي
فاما أن يكون مع الاضافة
اشارة أولا وكل منهما اما
أن تكون الاضافة اليه
اضافة ملك أو اضافة نسبة
فان لم تكن مع الاضافة
اشارة كما اذا حلف لا يكلم
عبد فلان ولم ينوع عبد بعينه
أو امرأة فلان أو صديق
فلان فالاعتبار وجود الملك
عند وجود المحلوف عليه
في اضافة الملك بالاتفاق

(قوله فلما تقدم من مناسبة
الخ) أقول في باب اليمين
في الخروج والاثبات (قوله
وهي غير المعادة) أقول
أي بالاعتبار قال المصنف
(ولم يبق بعد الموت متصور
الوجود) أقول ليتصور كلف
النفس عن المدلول عليه

واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعد ها فلا يحث بالكلام بعد انتهاء اليمين (وان مات فلان
سقطت اليمين) خلافا لابي يوسف لان الممنوع كلام ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت
متصور الوجود فسقطت اليمين وعند التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تنأى اليمين (ومن حلف
لا يكلم عبد فلان ولم ينوع عبد بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فباع فلان عبده أو بآنت منه امرأته
أو عادي صديقه فكلمهم لم يحث) لانه عقد عينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك
أو اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحث قال هذا في اضافة الملك بالاتفاق

بعد وقوعه بالقدوم وأمكن وقوعه عند عدم القدوم اعتبر الممكن فجعل عدم القدوم شرطا وهو حاصل
أنت طالق ان لم يقدم فلا يقع الطلاق الا أن يموت فلان قبل أن يقدم أو بأذن لانه مطلق كقوله ان
لم أطلقك فانت طالق قال تاج الشريعة ومهما أمكن المصير الى هذا المجاز يعني الغاية لا يصار الى
ذلك المجاز يعني الشرط لان في هذا اجراء المجاز في مجرد الاستثناء وفي ذلك اجراءه في استثناء القدوم
لانا نجعل استثناء القدوم مجازا عن اشتراط عدم القدوم واجراء المجاز في الجزء أولى منه في المجموع
(قوله وان مات فلان سقطت اليمين خلافا لابي يوسف لان الممنوع منه كلام ينتهي) المنع منه (بالاذن
والقدوم ولم يبق) الازن ولا القدوم (بعد موت من اليه الازن والقدوم متصور الوجود) فلم يبق البر متصور
الوجود وبقاء نصوره شرط لبقاء اليمين المؤقتة عند أبي حنيفة ومحمد على ما مر وهذه اليمين مؤقتة بوقت
الاذن والقدوم اذ بهما يتمكن من البراذي يتمكن من الكلام بلا حث فيسقط بسقوط تصور البر وعند
أبي يوسف التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تنأى اليمين فاي وقت كلمه فيه يحث فان قيل لانسلم
عدم تصور البر بموته لانه سبحانه قادر على إعادة فلان فيمكن أن يقدم وبأذن فالجواب أن الحياة المعادة
غير الحياة المحلوف على اذنه فيها وقدومه وهي الحياة القائمة حالة الحلف لان تلك عرض تلاشي لا يمكن
إعادتها بعينها وان أعيدت الروح فان الحياة غير الروح لانه أمر لازم للروح فيماله روح (قوله ومن حلف
لا يكلم عبد فلان ولم ينوع عبد بعينه) انما أراد من ينسب اليه بالعبودية أو امرأة فلان الخ اعلم انه اذا
حلف على هجران محل مضاف الى فلان كلا يكلم عبد فلان أو زوجته أو صديقه أو لا يدخل داره أو
لا يلبس ثوبه أو لا يركب فرسه أو لا يأكل من طعامه فلا شك أن هذه الاضافة في الكل معرفة لعين ما عقد
اليمين على هجره سواء كانت اضافة ملك كعبده وداره ودابته أو اضافة نسبة أخرى غير الملك كزوجته
وصديقه فالاضافة مطلقا تنفي النسبة والنسبة أعم من كونها نسبة ملك أو غيره فلا يصح جعل اضافة
النسبة تقابل اضافة الملك كما فعل المصنف وغيره لانه لا تقابل بين الاعم والخاص الا أن يكون بخصوص
عرف اصطلاحا وهو محل الجعل المذكور للمصنف واذا كانت هذه الاضافة مطلقا للتعريف فبعد ذلك
اما أن يقرن به لفظ الاشارة كقوله لا يكلم عبده هذا أو زوجته هذه أو لا فعل على تقدير عدم الاشارة الظاهر
أن الداعي في اليمين كراهته في المضاف اليه والالعرفه باسم العلم ثم أعقبه بالاضافة ان عرض اشتراك
مثل لا أكلم راشد عبد فلان ليزيل الاشتراك العارض في اسم راشد أو فلانة زوجة فلان كذلك فلما
اقتصر على الاضافة ولم يذكر اسمه ولا أشار اليه كان الظاهر أنه لمعنى في المضاف اليه وان احتمل أن يهجر
بعضها لذاته أيضا كالزوجة والصديق فلا يصار اليه بالاحتمال وحينئذ فاليمين منعقدة على هجر المضاف
حال قيام الاضافة وقت الفعل بان كان موجودا وقت اليمين ودامت الاضافة الى وقت الفعل أو انقطعت
ثم وجدت بان باع وطلق ثم استرد أو لم يكن وقت اليمين فاشترى عبدا فكلمه حث وكذا لو لم تكن له زوجة
فاستحدثت زوجة ينبغي أن يحث في قول أبي حنيفة ولو ارتفعت النسبة الثابتة التي عنها صححت
الاضافة بان باع فلان عبده وداره وثوبه ودابته وعادي صديقه وطلق زوجته فكلم العبد والمرأة
والصديق لا يحث وكذا اذا لبس الثوب أو دخل الدار أو ركب الدابة لا يحث لما قلنا ان اليمين انعقدت

باعتبار

بالمين فليتنامل قال المصنف (لانه عقد عينه على فعل واقع) أقول المحلوف عليه هنا الترتل لا الفعل

وفي اضافة النسبة عند محمد بحث كالمرأة والصدیق قال في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصدیق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلم الحكم بعينه كما في الاشارة ووجه ما ذكره هنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذالم بعينه فلا يبحث بعد زوال الاضافة بالشك

باعتبار النسبة القائمة وقت الفعل والحال أنه اذا زائل عنه وهذا الاصل على قول أبي حنيفة وأما عند محمد فاليمين منعقدة في المملوك على الاضافة القائمة وقت الفعل كما ذكرنا وفي اضافة النسبة على القائمة وقت اليمين فتفزع على هذا انه لو طلق زوجته وعادى صديقه واستحدثت زوجة وصديقاً فكم المستحدث لا يبحث ولو كلف المتركة حنث وهذا ما نقله المصنف عنه من الزيادات ووجهه ما جوزناه في أصل أبي حنيفة من أنهم ما يقصدان بالهجران أنفسهما لا غيرهما فكانت الاضافة بمجرد تعريف الذات المهجورة فلا يشترط دوامها أو وجودها وقت الفعل فتعلق الحكم أي الهجر بعينه كما في الاشارة فانه اذا قال زوجة فلان هذه ونحوها مما اضافته اضافة نسبة فالاتفاق أنه يبحث بكلامه بعد انقطاعها كما سيذكر وجه المذکور في الجامع لأبي حنيفة ما تقدم من أن الظاهر أن الهجر للمضاف اليه بما ذكرنا من الوجه وأقل ما في الباب جواز كون هجره لنفسه وأن يكون للمضاف اليه وعلى الاول يبحث وعلى الثاني لا فلا يبحث بالشك فظهر بما ذكرنا أن ما ذكره في النهاية وغيره من قوله الاصل في جنس هذه المسائل انه متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب الى الغير بالملك يراعى الحنث وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه ولا معتبر بالنسبة وقت اليمين اذا لم توجد وقت الفعل وان كان منسوباً الى الغير بالملك يراعى وجود النسبة وقت اليمين ولا معتبر بها وقت الفعل ثم وجه الفرق بأن في اضافة الملك الحامل على اليمين معنى في المالك لان هذه الاشياء لا تعادى لعينها وفي اضافة النسبة معنى فيهم لان الاذى يتصور منهم واستشكل بأن العبد يتصور منه الاذى أجيب بأن ابن سماعه ذكر في نوادره أنه يبحث عند أبي حنيفة لهذا ووجه الظاهر أن العبد ساقط الاعتبار عند الاحرار فانه يباع في الاسواق كالجمار فالظاهر أنه ان كان منه اذى انما يقصد هجران سيده بهجرانه ولا يخفى انه أعني هذا الاصل لا يصح الا لمحمد فقط فاطلاق جعله أصلاً لهذه المسائل ليس بصحيح لان الاقتصار عليه بوجه الاتفاق عليه أو انه الاصل لصاحب المذهب هذا وروى أن هشاماً أخبر أن محمداً رجع الى قول أبي حنيفة وقال لا يبحث هذا اذا لم بعينه فلم يذكر الاشارة فأما ان عينه فذكر الاشارة بأن قال عبد فلان هذا أو داره هذه أو امرأته هذه أو صديقه هذا فباع العبد والدار وطلق وعادى فكلمه ودخل لم يبحث في المملوك من العبد والدار وحنث في غيره من المرأة والصدیق عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر يبحث في الكل وهو قول الشافعي ومالك وأحمد لان الاضافة في الكل التعريف كما قدمنا والاشارة أبلغ منها فيسلكونها فاطعة للشركة بخلاف التعريف الآخر فلزم اعتبارها وسقوط الاخرى واذا اعتبرت انعقدت اليمين على خصوص العين فلزم الحنث بترك هجرانها بعد الاضافة كما قبله وهما يقولان ان هجران المضاف اذا كان مملوكاً ليس لذاته لسقوط اعتبارها فتقيد ببقاء النسبة مع الاشارة وعدمها بخلاف غير المملوك فانه لما كان مما يعادى لنفسه كما يعادى لغيره فعند عدم الاشارة استوى الحال فلا يبحث بالشك ومع زيادة الاشارة ترجح كون هجره لمعنى في نفسه فلا يتقيد الحنث بدوام الاضافة لان كون الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه في غير المملوك غير ظاهر لعدم التعيين أي لانه لم يتعين بخلاف ما تقدم وهو اضافة الملك لان الداعي كما يجوز كونه معنى في المضاف اليه يجوز كونه نفس المضاف حيث كان صالحاً لان يعادى لنفسه وقوله لغت الاضافة ممنوع وانما يلزم لو لم تكن لها فائدة أخرى لكان الواقع أن لها فائدة وهي افادة أن الهجران منوط بنسبته الى المضاف اليه لغيظ منه فيعتبر كل منها لفائدة وقد رجع ابن العز قول محمد

يعتبر وجود النسبة وقت الحلف
فعلى هذا اذا باع فلان عبده
فكلمه لم يبحث بالاتفاق
وكذا اذا طلق امرأته
أو عادى صديقه عنده
وعند محمد يبحث كذا قاله
في الزيادات وجه قول محمد
ان هذه الاضافة للتعريف
لان المرأة والصدیق قد
يهجران لذاتهما مقصودا
لا لاجل المضاف اليه
وما كان للتعريف لا يشترط
دوامه للاستغناء عنه بعد
التعريف فيتعلق الحكم
بعينه أي بعين كل واحد
منهما كما في الاشارة بأن
قال لا أكلم صديق فلان
هذا أو زوجة فلان هذه
(ووجه ما ذكره هنا) يعني
عدم الحنث وهو قول أبي
حنيفة رحمه الله (وهو رواية
الجامع الصغير) فانه ذكر
قول محمد في الزيادات
وقول أبي حنيفة في الجامع
الصغير ولم يذكر لأبي يوسف
قول وقال فخر الاسلام
يحتمل أن يكون قول أبي
يوسف مثل قول أبي
حنيفة أنه يحتمل أن يكون
غرضه هجرانه أي كل
واحد من المرأة والصدیق
لاجل المضاف اليه ولهذالم
بعينه ويحتمل أن لا يكون
فلا يبحث بعد زوال
الاضافة بالشك

(قوله وجه ما ذكره هنا)
أقول وجه ما ذكره مبتدأ
خبريحيى بعد أسطر وهو أنه يحتمل الخ

وان كان مع الاضافة اشارة بان قال عبد فلان هذا أو امرأة فلان بعينه لم يحث في العبد وحث في المرأة والصديق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال (٧٠) محمد يحث في العبد أيضا وهو قول زفر وجه قولهما ان الاضافة للتعريف

وتقريره الاضافة للتعريف وما هو للتعريف يلفو عند وجود ما هو أبلغ منه فيه والاشارة أبلغ منها فيه لكونها فاطمة للشركة لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف الاضافة لجواز أن يكون لفلان عبيد فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ووجه قولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه وتقريره لا نسلم أن الاضافة للتعريف بل لبيان ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان أي الدار والداية والثوب لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك لقيام المعنى الداعي اذ ذلك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعين أي لعدم تعيين المضاف اليه للهجران لكون المضاف أيضا صالحا لذلك واذا كانت للتعريف لم يشترط دوامها لما ذكرنا بخلاف ما تقدم يعني اضافة الملك لتعين

(وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هـ ذا أو امرأة فلان بعينها أو صديق فلان بعينه لم يحث في العبد وحث في المرأة والصديق وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحث في العبد أيضا) وهو قول زفر (وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف) وجه قول محمد وزفر أن الاضافة للتعريف والاشارة أبلغ منها فيه لكونها فاطمة للشركة فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ولهما أن الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعين بخلاف ما تقدم قال (وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطبلسان فباعه ثم كلفه حث) لان هذه الاضافة لا تختمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى في الطبلسان فصار كما اذا أشار اليه

وزفر بأن العبد وان كان ساقط المنزلة قد يقصد بالهجران والحالف لو أراد هجرانه لاجل سيده لم يحث الى الاشارة فلما أشار اليه بقوله هـ ذا علم أن مراده قصده بالهجران قال وكذلك الدار ولكن العبد أظهر لظهور صحة قصده بالهجران كما في المرأة والصديق انتهى وما ذكر من أن لكل فائدة ففائدة الاشارة للتعريف وفائدة الاضافة بيان مناط الهجر قد يدفع بأن الاضافة تستقل بالفائدة نفي فأنها أيضا تعرف الشخص المخوف على هجره كما تنفي الآخر وجوابه أن الاشارة كما تنفي التعريف يحصل بها التخصيص أيضا وهذا لا يحصل بالاضافة وحده فانه لو قال عبد فلان ان عقدت على كل عبده وفي قوله عبد فلان هـ ذا لا يحث بكلام عبد آخر اقلان وان كانت الاضافة تنفي أن سبب هجر العبد نسبة لسيده لكن الحث في الاعيان لا يثبت بالقياس بل بفعل عين المخوف عليه لو حلف ليعطين هذا الفقير لفقره لم يحث اذا لم يعط غيره من الفقراء وهذا الخلاف اذا لم تكن له نية أمواله فوى أن لا يدخلها ما دامت لفلان أو لا يدخلها وان زالت الاضافة فعلى ما نوى لانه شدد على نفسه في الثاني ونوى تختمل كلامه في الاول وروى شذوذ عن أبي يوسف في دار فلان هـ ذا أنه يحث بعد زوال الاضافة وليس بشيء وعنه أيضا لا يحث بالدار المتجدد ملكها لان الملك لا يستحدث فيها عادة فأنها آخر ما يباع وأول ما يشتري عادة فتتقيد اليمين بالقائمة في ملكه وقت الحلف أجيب بان العرف مشترك فان الدار قد تباع وتشتري مرارا فلا يصلح مقيدا وعنه أيضا أن اليمين تنفي في الكل بالقائم في ملكه وقت الحلف واه بشرع عنه قال اذا قال دار فلان لا يتناول ما يستحدث ملكه بخلاف قوله دار فلان لان قوله دار فلان تمام الكلام يذكرا الاضافة والا كان مجعلا فلا بد من قيام الملك لفلان وقت يمينه وفي قوله دار فلان الكلام تام بلاذ كر فلان فكان ذكر فلان تنقيدا للمعنى بما يكون مضافا الى فلان وقت السكنى ثم في الحلف لا يسكن دار فلان لا يحث بسكنى دار مشتركة بين فلان وغيره وان قل نصيب غيره وفي بعض الشروح لا تزوج بنت فلان لا يحث بالبنت التي تولد بعد اليمين بالايجاع وهو مشكل فأنها اضافة نسبة فينبغي أن تنعقد على الموجودة حال الزوج فلا جرم أن في التفريق عن أبي يوسف ان تزوجت بنت فلان أو أمته انه على الموجود والحادث (قوله وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطبلسان فباعه صاحبه ثم كلفه حث) بالايجاع (لان هذه الاضافة لا تختمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى في الطبلسان فصار كما لو أشار اليه) أي الى صاحب الطبلسان بان قال لا أكل هذا الرجل فتعلقت

اليمين

المضاف اليه لذلك واعترض بان الدابة والدار والمرأة يجوز أن تهجر لذاتها بشؤمها كما جاء في الحديث

وأجيب بأن ذلك احتمال لم يقتض به عرف فلا يكون معتبرا وقوله (وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطبلسان) ظاهر

(قوله لان هذه الاعيان أي الدابة والثوب الخ) أقول فيه أن الدابة والثوب ليسا بمنزلة كورين فيما سبق فتعميم الاشارة لهما أيضا لا بد له من توجيه

وقوله (وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين) جواب عما يقال لو كانت الصفة في الحاضر لغوا لاحت اذا حلف لا بيا كل هذا الرطب
فاكله بعد ما صار غرا وتقرر به الصفة في الحاضر لغوا اذا لم تكن داعية الى اليمين وهذه كذلك على ما مر من قبل يعني في أول باب اليمين
في الأكل والشرب بخلاف الرطب فان صفتها داعية الى اليمين (٧١)

فصل لما كانت

المسائل المذكورة في هذا

الفصل من نوع الكلام

متعلقة بالأزمان سماه

فصلا (ومن حلف لا بياكم

فلانا حيناً أو زماناً أو الحين

أو الزمان ولا يثبت له على شيء

من الوقت فهو على ستة أشهر

لان الحين قد يراد به الزمان

القليل) قال الله تعالى

فسبحان الله حين تمسون

وحين تصبحون والمراد به

وقت الصلاة وقد يراد به

أربعون سنة قال الله تعالى

هل أتى على الانسان حين

من الدهر قال المفسرون

المراد به أربعون سنة وقد

يراد به سنة أشهر قال الله

تعالى تؤتى أكلها كل حين

أي كل سنة أشهر فمن وقت

الطلع الى وقت الرطب ستة

أشهر ومن وقت الرطب

الى وقت الطلع ستة أشهر

ومعناه انه ينقطع بها في كل

وقت لا ينقطع نفعها البتة

(وهذا هو الوسط فيصرف

اليه) اذا لم تكن له نية

وقوله (وهذا) أي

الانصراف الى ستة أشهر

(لان القصر لا يقصد بالمنع)

لعدم الحاجة الى اليمين في

الامتناع عن الكلام في

ساعة واحدة لانه يوجد فيها عادة بلا يمين والسديد لا يقصد غالباً لانه بمنزلة الابد لان من أراد ذلك يقول أبداً في العرف فلو كان

مراده ذلك لم يذكر الحين ولو سكت تأبد اليمين فحيث ذكر لا بد له من فائدة سوى المستفاد عند عدم ذكره والا لا يكون له فائدة

فتعين الاوسط

(ومن حلف لا بياكم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخاً حنث) لان الحكم يتعلق بالمشار اليه اذا الصفة
في الحاضر لغوا وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل

فصل قال (ومن حلف لا بياكم حيناً أو زماناً أو الحين أو الزمان فهو على ستة أشهر) لان الحين قد يراد
به الزمان القليل وقد يراد به أربعون سنة قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به
سنة أشهر قال الله تعالى تؤتى أكلها كل حين وهذا هو الوسط فيصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد
بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمؤبد لا يقصد غالباً لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه تأبد فيتعين ما ذكرنا

اليمين بعينه والطيلسان معرب تيلسان أبدلوا التاء طاء من لباس العجم مدور أسود لجمته وسداه صوف
(قوله ومن حلف لا بياكم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخاً حنث) لان الحكم يتعلق بالمشار اليه اذا
الصفة في الحاضر لغوا ولا تنقيد بشيئته وأورد عليه أنه تقدم لو حلف لا بيا كل هذا الرطب فأكله بعد
ما صار غرا لا يحنث مع أن الصفة في الحاضر لغوا فأجاب بقوله وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين أن
الصفة تعتبر في الحاضر اذا كانت داعية وصفة الرطوبة مما تدعو بعض الناس الى الحلف على تركه
فتقيد به بخلاف الشبهة هنا فانها ليست بداعية على ما تقدم وفي الوجهين لبرهان الدين محمود البخاري
حلف لا بياكم صبياً أو غلاماً أو شاباً أو كهلاً فالكلام في معرفة هؤلاء في ثلاثة مواضع في اللغة والشرع
والعرف أما اللغة قالوا الصبي يسمى غلاماً الى تسع عشرة ومن تسع عشرة شاب الى أربع وثلاثين
ومن أربع وثلاثين كهلاً الى إحدى وخمسين ومن إحدى وخمسين شيخاً الى آخر عمره وأما الشرع
فالغلام لمن لم يبلغ وحده البلوغ معلوم فاذا بلغ صار شاباً وفقى وعن أبي يوسف ان من ثلاث وثلاثين
الكهولة فاذا بلغ خمسين فهو شيخ قال القدوري قال أبو يوسف الشاب من خمس عشرة الى خمسين سنة الا
أن يغاب عليه الشمت قبل ذلك والكهل من ثلاثين الى آخر عمره والشيخ فيما زاد على الخمسين وكان
يقول قبل هذا الكهل من ثلاثين الى مائة سنة وأكثر والشيخ من أربعين الى مائة وهنار وإبان أخرى
وانتشار والمعول عليه ما به الافتاء

فصل في عيز من حلف لا بياكم حيناً أو زماناً لما كان مافيه كالتبع لما تقدم ترجمه بالفصل
(قوله ومن حلف لا بياكم حيناً أو زماناً أو الحين أو الزمان فهو على ستة أشهر في النفي) كلاً أكله الحين
أو حيناً (والاثبات) نحو لاه ومن حيناً أو الحين أو الزمان أو زماناً كل هذا اذا لم ينو مقدرامعينا من
الزمان فان نوى مقدرامصدق لانه نوى حقيقة كلامه لان كلام من الحين والزمان للقدر المشترك بين
القليل والكثير والمتوسط واستعمل في كل ذلك في القليل قول نابغة ذبيان

فبت كاني ساورتني ضئيلة * من الرقش في أنيابها السم نافع

تبادرها الراقون من سوء سمها * تطلقه حيناً وحيناً تراجع

يريد أن السم تارة يخف ألمه وتارة يشتد وأما في الكثير فالمفسرون في هل أتى على الانسان حين من الدهر
أنه أربعون سنة وأما في المتوسط فقوله تعالى تؤتى أكلها كل حين باذن ربها وذلك ستة أشهر عن ابن
عباس رضي الله عنه لان من حين يخرج الطلع الى أن يصير رطباً ستة أشهر ولما وقع الاستعمال كذلك ولا
نية معينة للعالف جلاء على الوسط من ذلك وهو ستة أشهر ولان اليسير لا يقصد بالحلف والاليمحلف

فصل قال بعض أصحابنا ان الدهر بلام التعريف الخ) أقول في الدهر المعروف منها روايتان فلا غبار في كلام الشرح

وقوله (وكذا الزمان) ظاهر (وكذلك الدهر عند أبي يوسف ومحمد) يعني يقع على سنة أشهر المنكر والمعرف سواء (وقال أبو حنيفة الدهر لا أدري ماهو) وهذا الاختلاف في المنكر وقوله (هو الصحيح) احتراز عن رواية بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه قال لا فرق على قول أبي حنيفة بين قوله دهر (٧٣) وبين قوله الدهر وإذا كان الاختلاف في المنكر فالمعرف يكون متفقا

عليه فاما أن يكون سنة أشهر كما قالوا واما أن يكون يقع على الابد كما قال بعض أصحابنا ان الدهر بلام التعريف يقع على الابد بلا خلاف بينهم وهو الذي ذكره المصنف بقوله أما المعروف بالالف واللام فيراد به الابد عرفا ووجه الجانبين في المنكر ما ذكره في الكتاب وهو واضح فان قيل ذكر في الجامع الكبير وأجمعوا فيمن قال ان كلمته دهور أو أزمنة أو شهور أو سنين أو جمعا أو بأيا ما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانهما أدنى الجمع المتفق عليه وكان أبو حنيفة أيضا قائلا في دهور متكررة بثلاثة منها فكل دهر سنة أشهر كما هو قولهما والحكم في الجمع موقوف على معرفة الافراد فكيف حكم في الجمع وتوقف في المفرد أجيب بأن ذلك تفريع لمسئلة الدهر على قول من يدعي معرفة الدهر فكانه قال من وقف على معنى الدهر يجب عليه أن يقول في الجمع المنكر منه بثلاثة كما في الأزمنة

وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم تكن له نسبة أما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه قوي حقيقة كلامه (وكذلك الدهر عندهما) وقال أبو حنيفة الدهر لا أدري ماهو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح أما المعروف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما أن دهر يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعنى وأبو حنيفة توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعترف استمراره لاختلاف في الاستعمال لتحقيق الامتناع عنه عادة بل لا يعين والمديد وهو أربعون سنة لا يقصد بالحلف عادة لانه في معنى الابد فريده خارج عن العادة اذ لم يسمع من يقول لا كلمة أربعين سنة متعديا بها ولو سكنت عن الحين وما معه تأيد فالظاهر أنه حينئذ لم يرد أقل ما ينطلق عليه الاسم من الزمان ولا الابد ولا الاربعين فيحكم بالوسط في الاستعمال وهو ما ذكرنا والشافعي يصرفه الى الأقل وهو ساعة وعرفت أنه لم يقصد والترك ذكره ويحصل بلا حلف والزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ زمان كما يقال منذ حين وليس المراد من هذا أنه ثبت استعماله لسنة أشهر ولا ربعين سنة ولا أقل ما ينطلق عليه بل أنه ثبت استعماله في المديد والقصير والمتوسط وهو أخو الحين في الوضع والاستعمال في ذلك وان يكن مثله في خصوص المدة فيصرف الى ما سمع متوسطا ثم قبل هذا ان تم في زمان المنكر لم يتم في المعرف بل الظاهر فيه أنه للابد كالدهر والعمر ولذا صح الاستثناء منه فلو قال لا كلمة الزمان الاسنة صح وعهدية السنة أشهر انما ثبت في لفظ الحين وكون الزمان مثله ان أريد في الوضع فسلم ولا يفيد لان المقصود أن يحمل اللفظ عند عدم المعين لخصوص مدة على المدة التي استعمل فيها وسطا وان أريد في الاستعمال فاحتاج الى ثبت من موارد الاستعمال ولم يوجد هذا ويعتبر ابتداء السنة أشهر من وقت اليقين بخلاف لا صوم من حين أو زمانا كان له أن يعين أي سنة أشهر شاء وتقدم الفرق (قوله وكذلك الدهر عند أبي يوسف ومحمد) يعني المنكر ينصرف الى سنة أشهر اذا لم تكن له نسبة في مقدار من الزمان فان كان يعمل به انفاقا وقال أبو حنيفة الدهر لا أدري ماهو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح احترازاً عما ذكر الشيخ أبو المعين من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف أنه قال لا فرق على قول أبي حنيفة بين قوله دهر والدهر والصحيح أن المعرف بالاتفاق يصرف الى الابد وانما توقفه في المنكر لان استعماله لم يثبت على الانحاء الثلاثة المديد والقصير والوسط فلم يدبر بماذا يقدر وتقديره بالتيقن وهو أقل ما ينطلق عليه اسم الزمان فيه من الاستبعاد ما تقدم ولم يثبت توقفت في رائد عليه فلزم التوقف وقيل لانه جاء في الحديث ان الدهر هو الله تعالى في قوله صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فاذا قال لا كلمة الدهر احتمل أن اليقين مؤبدة والمعنى والله لا كلمة والله فانك علمت أن حرف القسم محذوف وينصب الاسم ويحتمل أنه أراد الطرف وهو الابد وقول الشاعر

هل الدهر الابليلة ونهارها * والاطلوع الشمس ثم غيارها

فالمنكرة وان كانت في الاثبات فهي للعموم بقرينة أي كل طلوع وكل غروب الخ وعرف أنها تستعمل في الاثبات للعموم بقرينة مثل علمت نفس ما أحضرت وهذا الوجه بوجوب توقفه في المعرف أيضا لان الذي يراد به الله سبحانه وتعالى هو المعرف منه لا المنكر وتوقفه دليل فقهه ودينه وسقوط اعتباره نفسه

والشهور كما فعل مثل ذلك في المزارعة وبيان اختلاف الاستعمال فيه أن معرفه يقع الابد بخلاف الحين والزمان ويقال دهرى لمن قال بالدهر وأنكر الصانع وحكى الله تعالى عنهم بقوله وما به لكنا الا الدهر قال صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فهذا اسم لم يوقف على مراد المتكلم عند الاطلاق والتوقف في مثل ذلك لا يكون الامن كمال العلم والورع

(قوله ويقال دهرى الى قوله عند الاطلاق) أقول فيه تأمل

وقوله (ولو حلف لا يكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام) هو رواية الجامع الكبير وذكر فيه أنه بالاتفاق وذكر في كتاب الإيمان أنه على عشرة أيام عنده كما في المعروف قال الامام الاسيحاوي والمذكور في الجامع أصح لأنه ذكر الأيام بالتسكير ولا دلالة فيه على الجنس والعهد فيقع على أقل الجمع وهو الثلاثة ولو حلف لا يكلمه (٧٣) الأيام فهو على عشرة أيام عنده أبي حنيفة وقال على أيام الأسبوع والأصل أن حرف التعريف إذا دخل على اسم الجمع ينصرف إلى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع عند أبي حنيفة وهو العشرة لأن الناس يقولون في العرف ثلاثة أيام وأربعة أيام إلى عشرة أيام ثم بعد ذلك يقولون أحد عشر يوما ومائة يوم وألف يوم فلما كانت العشرة أقصى ما ينتهي إليه لفظ الجمع كانت هي المرادة بخلاف ما إذا حلف لا يتزوج النساء حيث يقع الميم على الواحدة لتعذر صرفه إلى أقصى ما ينتهي إليه اسم النساء وعندهما ينظر أن كان ثمة معهود ينصرف إليه ولا ينصرف إلى جميع العمر وفي الأيام المعهود في عرف الناس أيام الأسبوع فكانت مرادة وفي الشهور المعهود شهور السنة فكانت مرادة وهي اثنا عشر شهرا ولا معهود في الجمع والسنين فينصرف عينه إلى جميع العمر وقوله (لأنه يدور عليها) قبل أي لأن الشهور تدور على اثني عشر

الأسبوع والأصل أن حرف التعريف إذا دخل على اسم الجمع ينصرف إلى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع عند أبي حنيفة وهو العشرة لأن الناس يقولون في العرف ثلاثة أيام وأربعة أيام إلى عشرة أيام ثم بعد ذلك يقولون أحد عشر يوما ومائة يوم وألف يوم فلما كانت العشرة أقصى ما ينتهي إليه لفظ الجمع كانت هي المرادة بخلاف ما إذا حلف لا يتزوج النساء حيث يقع الميم على الواحدة لتعذر صرفه إلى أقصى ما ينتهي إليه اسم النساء وعندهما ينظر أن كان ثمة معهود ينصرف إليه ولا ينصرف إلى جميع العمر وفي الأيام المعهود في عرف الناس أيام الأسبوع فكانت مرادة وفي الشهور المعهود شهور السنة فكانت مرادة وهي اثنا عشر شهرا ولا معهود في الجمع والسنين فينصرف عينه إلى جميع العمر وقوله (لأنه يدور عليها) قبل أي لأن الشهور تدور على اثني عشر

(ولو حلف لا يكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام) لأنه اسم جمع ذكر منكر فيمتناول أقل الجمع وهو الثلاث ولو حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة وقال على أيام الأسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة أشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لأن اللام للعهد وهو ما ذكرنا لأنه يدور عليها وله أنه جمع معروف فينصرف إلى أقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة (وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين) وعندهما ينصرف إلى العمر لأنه لا معهود دونه

رحمنا الله به وقد نظم جملة ما توقف فيه فقال بعضهم من قال لا أدري لما لم يدركه * فقد اقتدى في الفقه بالنعمان في الدهر والخشي كذلك جوابه * ومحل أطفال ووقت ختان والمراد بالأطفال أطفال المشركين على ما قدمنا في الجنائز * فرع إذا قال لا أكلمه العرف فهو على الأبد واختلف جواب بشر بن الوليد في المنكر نحو عمرأ فقرة قال في الله على صوم عمر يقع على يوم واحد ومرة قال هو مثل الحين ستة أشهر إلا أن ينوي أقل أو أكثر (قوله ولو حلف لا يكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام) ذكره في الجامع الكبير وذكر فيه أنه بالاتفاق فإنه قال وأجمعوا فيمن قال إن كلمتك دهورا أو أزمنة أو شهورا أو سنين أو جمعا أو أياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لأنها أدنى الجمع المتفق عليه وذكر في كتاب الإيمان أنها على عشرة أيام عنده كالعرف قال الاسيحاوي والمذكور في الجامع أصح وجهه المصنف بقوله لأنه اسم جمع منكر فيمتناول أقل الجمع وهو الثلاث كما يتناول أكثر منه لكن لا معين للزائد فلزم التسيق كما لو حلف لا يشتري عبدا ولا يتزوج نساء يقع على ثلاثة وأورد أن حكاية الاتفاق في المثل المذكورة توجب عدم توقف أبي حنيفة في معنى الدهر لأن من لا يدري معنى المفرد لا يدري معنى الجمع وهذا ليس بشيء إذ قوله الدهور لثلاثة مما يراد به ليس فيه تعيين معناه أنه ما هو نعم يلزم لكل عاقل نفي أن يراد به الله سبحانه وتعالى لكان الجمع ومن فروع المنكر حلف لا يكلمه يوما إن حلف قبل الطلوع فهو على ما من الطلوع إلى الغروب وإن حلف بعده فهو على ما من وقت حلقه إلى مثله من اليوم الثاني ويدخل الليل فإن كلمه ليلا حث ولو قال اليوم وقع على بقية يومه ولو حلف لا يكلمه يومين دخل الليل سواء حلف بعد الطلوع أو قبله والجواب في الليل مثله في اليوم (قوله ولو حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة) وكذلك الجمع والشهور والسنين والدهور والأزمدة بالتعريف ينصرف إلى عشرة من تلك المعدودات ففي غير الأزمدة ظاهر وفي الأزمدة يلزمه خمس سنين لأن كل زمان ستة أشهر عند عدم النية وقال في الأيام ينصرف إلى أيام الأسبوع وفي الشهور إلى اثني عشر شهرا وفي الجمع والسنين والدهور والأزمدة ينصرف إلى جميع العمر وهو الأبد وجه قولهما أن اللام للعهد إذا أمكن وإذا لم يمكن صرفت إلى الاستغراق والعهد ثابت في الأيام السبعة فانصرفت الأيام إليها وفي الشهور والشهور السنة فينصرف التعريف إليها والعهد في خصوص فيما سواهما فينصرف إلى استغراق الجمع والسنين والدهور والأزمدة وذلك هو جميع العمر وهي للعهد فيها أيضا فان المعهود بعد ما ذكرنا ليس إلا العمر وهو قول المصنف لأنه لا معهود دونه أي دون العمر وحاصله استغراق سني العمر وجمعه وله أنه جمع معروف باللام فينصرف إلى أقصى ما عهد مستعلا فيه لفظ الجمع على اليقين وذلك عشرة وعهديته كذلك فيما إذا وقع بمسيز العدد قبله فإنه يقال ثلاثة أيام

(١٠ - فتح القدير رابع) وكان القياس أن يقول لأنها تدور عليه ولكن أول بالمذكور في الأول وبالأفراد في الثاني

(قوله ينصرف إلى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع) أقول أي من العدد (قوله قبل أي لأن الشهور الخ) أقول صاحب القيل هو الاتفاق

فيكون لفظ أيام مراد بها الثلاثة بيقين وكذا أربعة أيام وخمسة أيام إلى عشرة فكانت العشرة منتهى ما قطع بإرادته بلفظ الجمع فيما لا يحصى من الاستعمالات فكان معهودا من لفظ الجمع بخلاف قوله تعالى وقطعناهم اثنتي عشرة أسباطا أمما وإن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا فإن الجمع هنا وإن أراد به يقينا ما يزيد على العشرة لكنه بوجود ذلك مراد امره لا يصير معهودا من اللفظ بحيث يصرف اليه متى ذكر بلا معين وكان المعهود مما يستعمل فيه لفظ الجمع يقينا مستمرا ليس إلا العشرة فسادونها والعشرة منتهى ما عهد شائع إرادته به قطعاً فيجب الحمل عليه وبخلاف ما إذا لم يقع بميز العدد نحو وتلك الأيام ندأولها بين الناس حيث أراد به جميع الأيام فإن اللام فيه للجنس على سبيل الاستغراق ولا ينكر أن يراد باللام ذلك لكن المقرر أنه حيث أمكن العهد حمل عليه دون الجنس والاستغراق والعهد ثابت فيما يراد بالجمع عند عدم قرينة والقرينة أن الحالف لم يرد شيئاً بعينه فالواجب أن يصرف إلى المعهود المستمر وإنما اعتبر برأى المعهود وإن كان مادونه معهوداً أيضاً لأنه كما عهد استعماله مميّز في العشرة عهد فيما دونها الاستغراق اللام ولما كان الاستغراق الذي حكم به عند عدم العهد انما ثبت لأن مدخول اللام لما لم يكن عهد ولا قرينة تعين غير الاستغراق من المراتب حتى صرف إلى الجنس الصالح للقليل والكثير كان للاستغراق وهنا أيضاً كذلك لما انصرف إلى المعهود والمعهود كل مرتبة من المراتب التي أولها ثلاثة وأقصاها عشرة ولا معين كانت لاستغراق المعهود بهذا التقرير يندفع ما أورده ابن العزم من قوله وهذا أي كون أقصى ما يراد به العشرة انما يكون عند ذكر العدد وإذا لم يذكر يسمى الزائد عليه بالجمع بل لا ريب وذو كراهة لذلك قوله تعالى وتلك الأيام ندأولها وإن عدة الشهور قال وليس في قول الحالف لأكله الشهور اسم العدد فلا يصح أن يقال أنه أقصى ما يذ كر بلفظ الجمع وكذلك الأيام وإنما قلنا أنه اندفع لأنك علمت أن القصد تعيين ما عهد مراد بلفظ الجمع على وجه الاستمرار ليحمل عليه لفظ الجمع الخاص عند عدم إرادة شيء بعينه فكون لفظ أراد به غير ما عهد مستمر أكثر لا يوجب نفي عهديته في غيره وأما مشاحته الخبازي حيث قال الخبازي اسم الجمع للعشرة ومادونها إلى الثلاثة حقيقة حالي الإطلاق واقتراه بالعدد ولما زاد على العشرة عند الإطلاق عن العدد والاسم متى كان للشيء في جميع الأحوال كان أثبت مما هو اسم له في حال دون حال فليست بشيء فانه دفع كلامه هذا بقوله كأنه لم يبلغه الفرق بين الجمع واسم الجمع فلهذا قال أنه للعشرة ومادونها حقيقة في حالين ولما فوقها في حالة واحدة وإنما قالوا هذا في بعض أسماء الجوع أنه يطلق من الثلاثة إلى العشرة كما في رهط وذود ونفرا إلى آخر ما ذكره ولم يعلم أن الإضافة في قول الخبازي اسم الجمع بيانية والمعنى الاسم الذي هو الجمع ومثل هذا في عبارات جميع أهل الفنون أكثر وأشهر من أن يخفى على ناظر في العلم فحاصل كلام الخبازي أن الجمع في العشرة فسادونها أثبت منه فيما زاد عليه لأن الأول يراد به في حالتين والثاني في حالة بعينى فكان الحمل على ما عهد له في الحالتين عند عدم المعين لازماً وحقيقة ما ذكرناه في مبدء التقرير يشرح له والله الموفق نعم لقائل أن يرجح قوله ما في الأيام والشهور بأن عهدهما عهد وذلك لأن عهديته العشرة انما هو للجمع مطلقاً من غير نظر إلى مادة خاصة يعنى الجمع مطلقاً عهد العشرة فإذا عرض في خصوص مادة من الجمع كالأيام عهديته عدد غيره كان اعتبار هذا المعهود أولى وقد عهد في الأيام السبعة وفي الشهور اثنتي عشرة فيكون صرف خصوص هذين الجمعين إليهما أولى بخلاف غيرهما من الجوع كالسنين والأزمنة فإنه لم يعهد في مادتهما عدد آخر فيصرف إلى ما استقر للجمع مطلقاً من إرادة العشرة فسادونها فان قيل هذه مغالطة فان السبعة المعهودة نفس الأزمنة الخاصة بالسماة بيوم السبت ويوم الأحد إلى آخره والكلام في لفظ أيام إذا أطلق هل عهد منه ذلك الأزمنة الخاصة للسبعة لا شك في عدم ثبوته في الاستعمال إذ لم يثبت كثرة إطلاق لفظ أيام وشهور ويراد به يوم السبت والأحد إلى الجمعة والمحرم وصفر إلى آخرها على الخصوص

(ومن قال لعبد من خدمني أياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند أبي حنيفة رجة الله عشرة أيام) لأنه أكثر ما يتناول اسم الايام وقال سبعة أيام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة أيام لأنه يذ كر فيها بلفظ الفرد دون الجمع

بل الازمنة الخاصة المسميات متكررة وغير متكررة وغير بالغة السبعة بحسب المرادات للتكلمين فالجواب منع توقف انصراف اللام الى العهد على تقدم العهد عن لفظ النكرة بل أعم من ذلك بل لا فرق بين تقدم العهد بالمعنى عن اللفظ أولا عنه فإنه اذا صار المعنى معهودا بأي طريق فرض ثم أطلق اللفظ الصالح له معرفا باللام انصرف اليه وقد قسم المحققون العهد الى ذكرى وعلى ومثل للثاني بقوله تعالى اذهب في الغار فان ذات الغار هي المعهودة لامن لفظ سبق ذكره بل من وجود فيه وعلى هذا فيجب جعل ما سماه طائفة من المتأخرين بالعهد الخارجى أعم مما تقدم ذكره أو عهد بغيره كما ذكرنا ونظير هذا قولنا العام يخص بدلالة العادة فان العادة ليست الاعمال مستمرا ثم يطلق اللفظ الذي يعهد به غيرها فيقيد به العهد بتهاملا لالفاظا ولا قوة الا بالله (قوله ومن قال لعبد من خدمني أياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند أبي حنيفة عشرة أيام لأنه أكثر ما يتناول اسم الايام) على اليقين على ما تقدم (وقال سبعة أيام لان ما زاد عليها تكرار) وقد يقال قد تقدم في قضاء الفوائت ان النكحة بالدخول في حد النكح تكرار ومقتضاه ان نظرا الى الكثرة بهذا المعنى هنا أن لا يبحث الالبتهائية أيام وانما ينظر الى الكثرة من جهة العرف لان العرف مختلف فربما يقال في السبعة كثيرة وربما يقال قليلة وكذا العشرة والعشرون فإنه يقال باعتبارات ونسب لم تنضب وصورة المسئلة أن لانية للقائل في مقدار الكثير ففرع كل على أصله ثم قال أبو اليسر ما لبسنا تفلايجي وهذا الاختلاف بل بصرف الى أيام الجمعة بالاتفاق حتى لو قال لعبد من خدمت كنى مرار وزيهاى بسيار توأزوى اذا خدم سبعة أيام يعتق لان في لساننا تستعمل مع جميع الاعداد لفظه روزفلايجي مما قال أبو حنيفة من انتهاء الايام الى العشرة وهذا حسن والله أعلم فروع قال أول يوم من آخر هذا الشهر فهو على السادس عشر منه وآخر يوم من أول هذا الشهر يقع على الخامس عشر منه وجمع وسنون منكر يقع على ثلاث بالاتفاق ولو حلف ليفعلن كذا عند رأس الشهر أو عند رأس الهلال أو اذا أهل الهلال ولا نية له فله الليلة التي يهل فيها ويومها وان نوى الساعة التي أهل فيها صحته نية له لأنه حقيقة كلامه وفيه تغليظ عليه ولو قال أول الشهر ولا نية له فله من اليوم الاول الى خامس عشره وان قال آخر الشهر فن سادس عشره الى آخره أو غرة الشهر فالليلة الاولى واليوم الاول في العرف وان كان في اللغة للايام الثلاثة أو سلع الشهر فالتاسع والعشرون وان قال صلاة الظهر فله وقت الظهر كله وعند طلوع الشمس له من حين تبدوا الى أن تبيض وان قال وقت الضحوة فن حين تبيض الى أن تزول ففي أى وقت فيما بين ذلك فعل بر وان قال المساء فقد تقدم أن المساء مسا آن ولو قال في الشتاء ونحوه فعن محمد ان كان عندهم حساب يعرفون به الشتاء والربيع والصيف والخريف فهو على حسابهم وان لم يكن فالشتاء ما يشتد فيه البرد على الدوام والصيف ما يشتد فيه الحر على الدوام فعلى هذا القياس الخريف ما ينكسر فيه الحر على الدوام والربيع ما ينكسر فيه البرد على الدوام وقال أبو الليث قال محمد ليس عندنا شيء في معرفة الصيف انما يرجع فيه الى قول الناس فاذا قالوا بآجعهم ذهب الشتاء والصيف فهو كذلك يعتبر العرف في هذه المسائل وفي الواقعات والمختار انه اذا كان الخالف في بلد لهم حساب يعرفون به الصيف والشتاء مستمرا ينصرف اليه والافاؤل الشتاء ما يلبس الناس فيه الحشو والفرو وآخر ما يستغنى الناس فيه عنهم والفاصل بين الشتاء والصيف اذا استقبل ثياب الشتاء واستخف ثياب الصيف والربيع من آخر الشتاء الى أول الصيف والخريف من آخر الصيف الى أول الشتاء لان معرفة هذا أيسر للناس وقيل اذا كان على الاشجار أوراق ونحوه فهو صيف واذا بقي الاوراق

وقوله (ومن قال لعبد من خدمني أياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند أبي حنيفة رجة الله عشرة أيام) ظاهر وقوله (وقيل لو كانت اليمين بالفارسية) يعني مثل أن يقول اكر خدمت كنى مرار وزيهاى بسيار توأزوى اذا خدم سبعة أيام ينبغي أن يعتق لان في لساننا يستعمل في جميع الاعداد لفظه روزفلايجي مما قال أبو حنيفة في العربية من انتهاء لفظ الجمع الى عشرة فلذلك أريد في العربية أكثر ما ينطلق عليه اسم الايام لان بعد ذلك لا يقال أيام بل يقال احدى عشر يوما ومائة يوم وألف يوم وقيل في تعليل المصنف نظرا لان لفظ الفرد بالفارسية اما أن يفهم منه معنى الجمع أولا فان فهم ينبغي أن يكون العربي والفارسي سواء وان لم يفهم ينبغي أن لا يكون الاسبوع مرادا أيضا ويمكن أن يجاب عنه بأنه يفهم منه معنى الجمع وقوله (ينبغي أن يكون العربي والفارسي سواء) قلنا ممنوع لان لفظ الفارسي وان أفاد معنى الجمع لكن لا ينتهي الى العشرة وتخصيص أيام الاسبوع لكونه المعهود اوله دم القائل بالفصل

(قوله وقيل في تعليل المصنف تطراخ) أقول صاحب القيل هو الاتقاني أيضا

باب اليمين في العتق والطلاق

قدم هذا الباب على غيره لان الحلف بهما أكثر وقوعا فكان معرفة أحكامه أهم من غيره (ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا مينا طلقت ولو قال ذلك (٧٦) لأمنته وعلق به الحرية عتقت) لان الشرط ولادة الولد وقد تحققت لان الموجد مولود حقيقة

باب اليمين في العتق والطلاق

(ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا مينا طلقت وكذلك اذا قال لامنه اذا ولدت ولدا فانت حرة) لان الموجد مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولده فتحقق الشرط وهو ولادة الولد (ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا مينا ثم أخرجها عتق الحى وحده عند أبي حنيفة وقال لا يعتق واحد منهما) لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بعمل الحرية وهي الجزاء ولا يحنيفة ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة لانه قصدا لاثبات الحرية جزاء وهي قوة حكيمه تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحياة فصار كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا

دون الثمار خريف واذا لم يبق عليها أوراق فالتسليم واذا خرجت الأوراق دون الثمار فالربيع وهو اذا خرجت الازهار ولو قال الى وقوع الثلج أراد وقت وقوعه فعلى ذلك وهو الشهر الذي يقال له بالفارسية آذار فان لم يكن له نية أو نوى حقيقة وقوعه فعلى حقيقة الوقوع وهو الشهر الذي يحتاج فيه الى كونه ولا يعتبر ما يطير في الهواء وما لا يستين على وجه الارض ولو وقع الثلج في بلد غير بلد الحالف لا يعتبر بل المعتبر وقوعه في بلدته حتى لو كان الحالف في بلدة لا يقع بها ثلج تأبث اليمين ولو قال الى قدوم الحاج فقدم واحد منهم انتهت اليمين ولو ذكر ليلة القدر فان كان لا يعرف اختلاف العلماء فيها فعلى السابعة والعشرين من شهر رمضان وبها أخذ الفقهاء أبو الليث وان كان يعرف لا ينصرف اليها والخلاف فيه معروف بين علمائنا فان كان حلف في أثناء الشهر لا يحنث عندهما حتى يجي مثله من رمضان القابل وعند أبي حنيفة حتى يمضي كل رمضان القابل وعليه الفتوى وهذا بناء على أنها في رمضان عند الكل لكنه يقول تتقدم وتتاخر وعندهما في ليلة بعينها لا تتقدم ولا تتأخر لكن لا تعرف

باب اليمين في العتق والطلاق

لما أكثر وقوع الحلف بالطلاق والعتاق بعدما تقدم قدمه على ما بعده (قوله ومن قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فولدت ولدا مينا طلقت) وكذا اذا علق به عتق أمة لان ولادة الميت يتحقق الشرط لان الميت ولدا حقيقة وهو ظاهر وشرعا حتى تنقضي به العدة وتصبه نساء اذا رأت الدم فحرم الصلاة عليها وتصبر به الامة أم ولد وفي الحديث من رواه أبي عبيد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال في السقط يظل محببنا على باب الجنة حتى يدخل أبواب الجنة يروى بالهمزة وهو العظيم البطن المتفخ أي ينفخ بطنه من الامتلاء من الغضب وبلاهمز وهو المنغضب المستبطن للنسي والفعل منهم ما احببناهم موزاوا احببني مقصورا ومن هذا يؤخذ أن السقط له حكم الولد وكذلك هو في الحكم فلو اسقطت سقطا استبان بعض خلقه طلقت وعنتق أيضا لانه ولد حتى صارت الامة به أم ولد ولو لم يستين شيء من خلقه لا يعتبر وتقدم حكمه في الحيض (قوله ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا مينا ثم أخرجها عتق الحى وحده عند أبي حنيفة وقال لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا آنفا) لكنه ليس محلا للعتق فتحل

وعرفا وحكما اما حقيقة فظاهر وكذلك عرفا لانه يسمى في العرف ولدا أو أما شرعا فلان الشرع اعتبره ولدا حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد واذا تحقق الشرط ثبت الحكم (ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا مينا ثم أخرجها عتق الحى وحده عند أبي حنيفة وقال لا يعتق واحد منهما) لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا أن الموجد مولود الخ لكن الميت لما لم يكن محلا للحرية انحلت اليمين لكن لا الى جزاء كما لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق قد دخلت الدار بعد ما أباتها وانقضت عتقها فتحل اليمين لا الى جزاء وقوله (ولا يحنث حنيفة ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة) يعني أن الولد وان كان مطلقا في اللفظ لكنه مقيد بوصف الحياة دلالة لانه قصد اثبات الحرية له جزاء والميت ليس محلا لها فصار كما لو قال اذا ولدت ولدا حيا ولم يوجد بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه أي الجزاء لا يصلح مقيدا لاستغنائه عن حياة

الولد فلم يكن الشرط الاولادة الولد وقد تحققت على ما بينا واستشكل بما لو قال اذا اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبد الغيرة انحل عتقه حتى لو اشترى بعد ذلك عبد لنفسه لم يعتق مع أنه جعل شراء العبد شرطا لحرية عبد الغير ليس محلا للحرية عن المشتري لعدم ملكه وأجيب بأن الاضمار انما يكون لتصحیح الكلام والحاجة الى اضممار الملك لتصحیحه ليست كالحاجة الى اضممار الحياة لان الحرية بدون الحياة لا تتصور أصلا وفي ملك الغير تتصور موقوفة على الاجازة فلا يلزم من وجوب اضممار الحياة اضممار الملك

(ولو قال أول عبد أشتريه فهو حر) على ما ذكر في الكتاب ظاهر وكذا قوله أول (٧٧) عبد أشتريه وحده وهي من مسائل الجامع

الكبير واستشكل بما لو
قال أول عبد أملكه واحدا
فهو حر فاشترى عبدين معا
ثم اشترى آخر لا يعتق الثالث
مع أن معنى التفرد فيهما
على طريقة واحدة وفرق
بينهما بأن واحدا يقتضي
نفي المشاركة في الذات ووحده

يقتضيه في الفعل المقرون
به دون الذات ولهذا صدق
الرجل في قوله في الدار
رجل واحد وان كان معه
فيها صبي أو امرأة وكذب
في ذلك إذا قال وحده وإذا
كان كذلك قلنا إذا قال
واحدا أنه أضاف العتق
إلى أول عبد مطلق لأن
قوله واحد لم يفد أمرا
زائدا على ما أفاده لفظ أول
فكان حكمه حكمه وإذا
قال وحده فقد أضاف
العتق إلى أول عبد لا يشاركه
غيره في التملك والثالث
بهذه الصفة فيعتق وقوله
(وان قال آخر عبد أشتريه
فهو حر) واضح قوله (ويعتبر
من جميع المال) يعني
إذا كان اشتراه في الصحة

(قوله إذا قال واحد الخ)
أقول ولأنه يحتمل أن يكون
حالا من العبد أو من المولى
فلا يعتق بالشك كذا قال
الزيلعي أخذ من الكافي
ونحن نقول وذلك الاحتمال
ليس بثابت في وحده ملكان
الضمير المانع عن الحالية
من المولى فانه لو كان حالا
منه لقبيل وحده كما لا يخفى

(وإذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق) لأن الأول اسم لفرد سابق (فان اشترى عبدين
معاً ثم آخر لم يعتق واحد منهم) لانعدام التفرد في الأولين والسبق في الثالث فأنعمت الأولية (وان
قال أول عبد أشتريه وحده فهو حر عتق الثالث) لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة
والثالث سابق في هذا الوصف (وان قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم مات لم يعتق) لان الآخر
اسم لفرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا (ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر) لانه فرد لاحق
فأنصف بالآخرية (ويعتق يوم اشتراه عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يعتبر من جميع المال وقال لا يعتق
يوم مات)

اليمين به ولا ينزل الجزاء كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق فابانها فأنقضت عتقها فدخلت انجملت اليمين
ولا ينجث حتى لو رجعت فدخلت لا يقع ولا يخيبة أن الشرط ليس الا الولد الخي هنا بخلاف ما قبله
وهذا لانه جعل الجزاء موصفا للموصوف بالشرط وهو الولد وهذا الوصف الخاص وهو الحرية لا يكون
الا في الحي فتقيده الموصوف بالشرط بالحياة والالفي الكلام فكأنه قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء
الطلاق للام وحريتها لانه لا يصلح مقيد الولد بالحي لان الحرية والطلاق واقع وصف الغيرة فلا يلزم تقييده
به وأورد عليه ما لو قيل ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبد الغيرة ثم عبد نفسه لا يعتق الثاني لان انحلال
اليمين بالاول ولم يتقيد ضرورة وصفه بالحرية بعبد لنفسه أجيب بان المشتري لغيره محل للاعتاق لصحة
ثبوته فيه موقوفا على اجازة مالكه فأنجملت اليمين به ولم يحتاج الى ضمير الملك فيه أما المبت فلا يصح
ايجاب العتق فيه لا موقوفا ولا غيره وبهذا يقع الجواب عما قد يورد من أن قوله ان دخلت فأنت طالق
فان الموصوف بالجزاء هو الموصوف بالشرط ومع هذا الوا بانها فأنقضت عتقها فدخلت انجملت ولم يقع
بعد ولم يضر قوله ان دخلت الدار في عصمتي ونحوه لانها بعد انقضاء العدة محل لمثل هذا المعنى لانه لو قال
ان تزوجتك فأنت طالق صح وتوقف على نكاحها فطلق عنده بذلك الطلاق وفي الايضاح لو قال أول
عبد دخل علي فهو حر فدخل عليه عبد ميت ثم عبد حي يعتق الخ ولم يذ كر الخلاف والصحيح أنه على
الاتفاق لان العبودية لا تبقى بعد الموت ولو قال أول عبد أملكه فهو حر فاشترى عبدا ونصفا ما عتق
التمام بخلاف ما لو قال أول كتر أملكه فهو هدي فلك كتر او نصفا كذلك لم يهد شيئا لان النصف براحم كل
نصف من الكثر لانه مع كل نصف منه كتر بخلاف نصف العبد فانه متصل بالنصف الاخر فيكمل العبد
بنصفه ذكرا أو أنثى والمرغيباني (قوله وإذا قال أول عبد أشتريه فهو حر) فاشترى عبدا عتق لان
الاول اسم لفرد سابق فتحقق بشرائه شرط العتق فيعتق فان اشترى عبدين معاً ثم آخر لم يعتق واحد
منهم لانعدام التفرد في الأولين والسبق في الثالث فأنعمت الأولية فيه ولو كان قال أول عبد أشتريه
وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة فيقيد عامله وهو الشراء
بمعناه فيفيد أن الشراء في حال تفرد المشتري وهو صادق في الثالث فيعتق بخلاف ما لو قال أول عبد
أملكه واحد لا يعتق الثالث لان واحدا يحتمل التفرد في الذات فيكون حالا مؤكدة لان الواقع كونه
كذلك في ذاته فلا يعتق لان كلام الأولين كذلك فانه أول به هذا المعنى فانه في ذاته فرد واحد وسابق
على من يكون بعده فلم يكن الثالث أولى بهذا المعنى ويلزم على هذا أنه لو قصد هذا المعنى يعتق كل من
الاثنين السابقين ويحتمل كونه بمعنى الانفراد في تعلق الفعل به فتكون مؤسسة فيعتق لانه المنفرد في
تعلق الفعل بخلاف الأولين فلا يعتق بالشك وقيل لانه يحتمل أن يكون حالا من العبد وان يكون حالا
من المالك أي حال كوني منفردا فلا يعتق بالشك اليه أشار شمس الأئمة وقاضيان (قوله وان قال
آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات المولى لم يعتق لان الآخر فرد لاحق) والفرض أن لا سابق
لهذا العبد فلا يكون لاحقا فلم يتحقق مناط العتق فلم يعتق وهذه المسئلة مع التي تقدمت تتحقق أن

(قوله لان قوله واحد لم يفد أمرا زائدا) أقول لكونه حالا مؤكدة كقوله تعالى انا أنزلناه قرآنا عربيا والتفصيل في شرح المفتاح للسيد

وقوله (حتى يعتبر من ثلث المال) يعني على كل حال لان شرط العتق آخر به العبد المشتري وهي لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وعدم شراء غيره يتحقق بالموت فكان الشرط (٧٨) متحققا عنده فيقتصر عليه ولا يبي حنيفة ان الموت يعرف وتقرر ما نه لما

حتى يعتبر من الثلث لان الآخرة لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عنده الموت فيقتصر عليه ولا يبي حنيفة ان الموت يعرف فاما اتصافه بالآخرة فن وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به وفائدة تظهر في جريان الارث وعدمه (ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين عتق الاول) لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول

المعتبر في تحقق الآخرة وجود سابق بالفعل وفي الاولية عدم تقدم غيره لوجود آخر متأخر عنه والا لم يعتق المشتري في قوله اول عبد اشتريه فهو حر اذ لم يشتر بعده غيره ولو اشترى عبدا ثم عبدا في قوله آخر عبد اشتريه فهو حر ثم مات المولى عتق الآخرة اتفاقا لانه فرد لاحق لم يعقبه غيره واختلفوا في وقت عتقه فقال ابو حنيفة يعتق من يوم اشتراه حتى يعتبر عتقه من جميع المال ان كان اشتراه في الصحة والاعتق من الثلث وقال يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر عتقه من الثلث سواء اشتراه في الصحة أو المرض وجه قوله ما ان الآخرة لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده الى الموت فصار كانه قال ان لم اشتر بعدك آخر فانت حر ولو قاله كان الشرط متحققا عنده الموت فيقتصر عليه فكذا اذا كان معناه تابنا ولا يبي حنيفة ان الموت يعرف للشرط وليس بشرط وانما الشرط اتصافه بالآخرة وهذه الصفة حصلت له من وقت الشراء الا ان هذه الصفة بعرضية الزوال بان يشترى بعده غيره فاذا مات ولم يشتر تبين انه كان آخر من وقت الشراء فتبين به انه عتق من ذلك الوقت كما لو قال لامرأته ان حضت فانت طالق فرأت الدم لا يحكم بطلاقها في الحال بل حتى يمتد ثلاثة أيام فاذا امتد ظهر أنها طلقت حين رأت الدم حيث ظهر أن ذلك الدم كان حيضا وكون صفة الآخرة انما تثبت بعدم شراء غيره وأن العدم لا يتحقق الا بالموت صحيح لكنه لم يجعل الشرط عدم الشراء بل أمر آخر لا يتحقق ظهوره الا به فلا يقع عنده مقتصر الا لو كان هو نفس الشرط فاذا كان المظهر لتحقق الشرط ثبتت عنده مستندا وعلى هذا الخلاف اذا قال آخر امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات يقع عند الموت مقتصرا عندهما ومستندا عنده وفائده أي فائدة هذا الخلاف تظهر في حرمان الارث وعدمه فعندهما اثر لانه يجعل فارا حيث حكما بطلاقها في آخر نفس من حياته ويلزمه مهر واحد ان كان دخل بها وكذا ان لم يكن دخل بها لانه انتهاء النكاح بالموت وتعتد عدة الوفاة والطلاق عند مجد وعند أبي يوسف عدة الطلاق لا غير ولو كان الطلاق رجعيا كان عليها عدة الوفاة وعنده لا اثر لانها طلقت ثلاثا وقت تزوجها حتى لو دخل بها الزمة مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وتعتبر عدة الطلاق وهذا بخلاف قوله ان لم أتزوج عليك فإنه اذا مات يقتصر طلاقها على الحال بالاتفاق لانه صرح بكون الشرط عدم التزوج وهو أن يموت قبله فيتحقق به الشرط وليس مثل الاول لان مع آخر جز من حياته آخر جز من العدم المجمعول شرط فلم يكن العدم السابق تمام الشرط اذ ما لم يتم آخر الشرط لا يتحقق الشرط بخلاف الآخرة فانها تتم بذلك الشرط الى آخر ما ذكرناه ولو قال آخر امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم أخرى ثم طلق الاولى وتزوجها ثم مات لم تطلق هي وتطلق التي تزوجها مرة لان التي أعاد عليها التزوج اتصفت بالاولية فلا تنصف بالآخرة كقوله آخر عبد أضربه وضرب عبدا ثم آخر ثم أعاد الضرب على الاول ثم مات عتق الذي ضربه ثانيا لا المعاد عليه (قوله ولو قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين) أي متعاقبين عتق الاول منهم فقط لان البشارة انما تحققت منه لانها اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف

اشترى الثاني بعد الاول تثبت صفة الآخرة فيه لكن كانت بعرضية أن يزول بشراء غيره فلا يحكم بعتقه ما لم يتيقن فاذا مات ولم يشتر غيره عرفنا تقرر صفة الآخرة عليه فيعتق من ذلك الوقت كما لو قال لامنه اذا حضت فانت حرة فرأت الدم لا تعتق لجواز أن ينقطع الدم فيما دون ثلاثة أيام فاذا استمر بها الدم ثلاثة أيام عتقت من حين رأت لانه تبين أن ما رأت كان حيضا حين رأت الدم الى هذا أشار الامام السرخسي ذكره في النهاية وفيه تسامح لان ما ذكر في الكتاب من باب الاستناد وما مثل به من باب التيسير ويجوز أن يقال الغرض من التمثيل بيان عدم الاقتصار والاستناد والتيسير في ذلك سواء وقوله (وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به) أي بوصف الآخرة كما اذا قال آخر امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات عندهما يقع الطلاق مقصورا على الموت حتى نستحق الميراث وعند أبي

حنيفة يقع مستندا الى وقت التزوج فلا تستحقه وفائدة التقييد بالثلاث جاز ان يكون بيان الطلاق البائن فان به يكون وأما الزوج فارا واثرت المرأة عندهما قال (ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة) البشارة اسم لخبر غاب عن المخبر علمه وقد يكون بالخبر وقد يكون بالشرا لانه في العرف يستعمل فيما يسروني الحزن ويتحقق من واحد فأكثر فاذا قال كل عبد بشرني بولادة فلانة (فبشره ثلاثة)

قَالَ أَخْبِرُوهُم مَعَانِيقُوا الْإِنبِشَارَةَ حَصَلَتْ مِنْهُمْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى وَبَشِّرُوهُم بِغَلَامٍ عَلِيمٍ وَانْ أَخْبِرْ وَامْتَفِرْقِينَ وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ عَنِ الْإَوَّلِ
لَا الْبِشَارَةَ حَصَلَتْ مِنْهُ وَبَعْضُهُ مَارَوْى أَنْ النَّبِىَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَرَّ بِابْنِ مَسْعُودٍ (٧٩) وَهُوَ يَقْرَأُ الْقُرْآنَ فَقَالَ مَنْ أَحَبُّ أَنْ يَقْرَأَ

الْقُرْآنَ غَضَاطِرِيَا كَمَا أَنْزَلَ
فَلْيَقْرَأْهُ بِقِرَاءَةِ ابْنِ أُمِّ عَبْدِ
فَابْتَدَرَ إِلَيْهِ أَبُو بَكْرٍ وَعَمْرُ
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا لِلْبِشَارَةِ
فَسَبَقَ أَبُو بَكْرٍ عَمْرُ بِهَا وَكَانَ
ابْنُ مَسْعُودٍ إِذَا ذَكَرَ ذَلِكَ
يَقُولُ بَشَّرَنِي أَبُو بَكْرٍ
وَأَخْبَرَنِي عَمْرُ وَانْ قَالَ انْ
اشْتَرَيْتَ فَلَا نَافَهُوَ حَرَفَاشْتَرَاهُ
يَنْوِي بِهِ كَفَارَةً بِمَنْزِلِهِ لَمْ
يُجْزِهِ لَانِ الشَّرْطُ أَى شَرْطُ
الْخُرُوجِ عَنْ عَهْدَةِ التَّكْفِيرِ
قَرَأَ نِيَّةَ التَّكْفِيرِ بَعْدَ الْعِلَّةِ
الْعَتَقِ وَهِيَ الْيَمِينُ فِيمَا نَحْنُ
فِيهِ وَلَمْ يَوْجِدْ وَانْمَا وَجَدَ عِنْدَ
الشَّرَاءِ وَهُوَ شَرْطُ الْعَتَقِ
لَا عِلَّتَهُ فَلَا يَكُونُ مَقْصِدًا
حَتَّى لَوْ كَانَتْ النِّيَّةُ مَقَارَنَةً
لِلْيَمِينِ أَجْزَاءً عَنِ الْكُفَارَةِ
وَانْ اشْتَرَى أَبَاهُ يَنْوِي بِهِ
كَفَارَةً بِمَنْزِلِهِ أَجْزَاءً عِنْدَنَا
خِلَافَ الزُّفَرِ وَالشَّافِعِيِّ وَهُوَ
قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ الْإَوَّلِ
وَوَجْهُ قَوْلِهِمْ أَنَّ النِّيَّةَ
تَشْتَرِطُ عِنْدَ الْعِلَّةِ وَالشَّرَاءِ
شَرْطُ الْعَتَقِ لَاعِلَّتِهِ وَانْمَا
الْعِلَّةُ هِيَ الْقِرَابَةُ فَلَا تَقْصِدُ
النِّيَّةُ عِنْدَ الشَّرَاءِ (وَهَذَا) أَى
كَوْنِ الشَّرَاءِ شَرْطًا لَاعِلَّةِ
لَانِ الشَّرَاءُ اثْبَاتُ الْمُلْكِ
وَهُوَ ظَاهِرٌ وَالْعَتَقُ لَيْسَ
اثْبَاتًا لِلْمُلْكِ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ
بَيْنَهُمَا مَانِفَاةٌ فَلَا يَكُونُ
الشَّرَاءُ اعْتِقَاقًا وَلَنَا أَنَّ شُرَاءَ
الْقَرِيبِ اعْتِقَاقٌ لِقَوْلِهِ صَلَّى
اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَنْ يَجْزِيَ وَادَّ

(وَانْ بَشِّرُوهُم مَعَانِيقُوا) لَانْهَا تَحَقَّقَتْ مِنَ الْكُلِّ (وَلَوْ قَالَ انْ اشْتَرَيْتَ فَلَا نَافَهُوَ حَرَفَاشْتَرَاهُ يَنْوِي بِهِ
كَفَارَةً بِمَنْزِلِهِ لَمْ يَجْزِهِ) لَانِ الشَّرْطُ قَرَأَ النِّيَّةَ بَعْلَةَ الْعَتَقِ وَهِيَ الْيَمِينُ فَأَمَّا الشَّرَاءُ فَشَرْطُهُ (وَانْ اشْتَرَى أَبَاهُ
يَنْوِي عَنْ كَفَارَةٍ بِمَنْزِلِهِ أَجْزَاءً عِنْدَنَا) خِلَافَ الزُّفَرِ وَالشَّافِعِيِّ لِهَمَّا انْ الشَّرَاءُ شَرْطُ الْعَتَقِ فَأَمَّا الْعِلَّةُ فَهِيَ الْقِرَابَةُ
وَهَذَا لَانِ الشَّرَاءُ اثْبَاتُ الْمُلْكِ وَالْعَتَقُ إِزَالَتُهُ وَبَيْنَهُمَا مَانِفَاةٌ وَلَنَا انْ شُرَاءَ الْقَرِيبِ اعْتِقَاقٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ
السَّلَامُ لَنْ يَجْزِيَ وَادَّ الْإِلَهَ الْآنَ يَجْعِدُهُ مَعْلُو كَافِشْتَرِيهِ فَبِعَتَقِهِ جَعَلَ نَفْسَ الشَّرَاءِ اعْتِقَاقًا لِأَنَّهُ لَا يَشْتَرِطُ غَيْرَهُ
وَإِنَّمَا فِي اللُّغَةِ فَهُوَ مَا يَغْيِرُ الْبَشَرَةَ سَارًا كَانَ أَوْ ضَارًا قَالَ تَعَالَى فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ وَلَكِنْ إِذَا وَقَعَ بِمَا يَكْرَهُ
قَرْنًا بِذِكْرِهِ الْوَعِيدُ كَمَا فِي الْآيَةِ الْمَذْكُورَةِ فَلَا وَادَّعَى أَنَّهُ فِي اللُّغَةِ أَيْضًا خَاصٌ بِالْمَحْبُوبِ وَمَا وَرَدَ فِي الْمَكْرُوهِ
فَجَارِ دَفْعِ بَعْدَ مَا تَشْتَقُّهُ وَهِيَ الْبَشَرَةُ فَانْهَا تَقْصِدُ أَنَّ ذَلِكَ الْخَبَرُ أَثَرٌ فِي الْبَشَرَةِ وَلَا شَكَّ أَنَّ الْإِخْبَارَ بِمَا يَخَافُهُ
الْإِنْسَانُ يَوْجِبُ تَغْيِيرَ بَشَرَتِهِ فِي الْمَشَاهِدِ الْمَعْرُوفِ كَمَا تَغْيِيرُ بِالْمَحْبُوبِ الْآنَ عَلَى الْعَرَفِ بِنَاءُ الْإِيمَانِ وَانْ
بَشِّرُوهُم مَعَانِيقُوا الْإِنبِشَارَةَ تَحَقَّقَتْ مِنَ الْكُلِّ قَالَ تَعَالَى وَبَشِّرُوهُم بِغَلَامٍ عَلِيمٍ فَتَسْبِيحُهَا إِلَى جَمَاعَةٍ حَقِيقَتُهَا
تَحَقُّقُ بِالْأَوَّلِيَّةِ مِنْ فِرْدَاوَا كَثْرَ وَأَصْلُهُ مَارَوْى أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَرَّ بِابْنِ مَسْعُودٍ وَهُوَ يَقْرَأُ الْقُرْآنَ
فَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَنْ أَحَبُّ أَنْ يَقْرَأَ الْقُرْآنَ غَضَاطِرِيَا كَمَا أَنْزَلَ فَلْيَقْرَأْهُ بِقِرَاءَةِ ابْنِ أُمِّ عَبْدِ فَابْتَدَرَ
إِلَيْهِ أَبُو بَكْرٍ وَعَمْرُ بِالْبِشَارَةِ فَسَبَقَ أَبُو بَكْرٍ عَمْرُ فَكَانَ ابْنُ مَسْعُودٍ يَقُولُ مَتَى ذَكَرْتُ بَشَّرَنِي أَبُو بَكْرٍ
وَأَخْبَرَنِي عَمْرُ وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الْبِشَارَةِ إِخْبَارًا بَانَ قَالَ انْ أَخْبَرَنِي وَبِالْبَاقِي بِجَاهِهِ عَتَقَ الْكُلِّ ثُمَّ انْ عَدَى
بِالْبَاءِ بَانَ قَالَ انْ أَخْبَرَنِي بِقُدُومِ فَلَانِ اشْتَرِطَ فِيهِ الصَّدَقَ لِأَقَادَتِهَا الصَّاقُ الْخَبَرُ بِنَفْسِ الْقُدُومِ وَلَا يَخْفَى
أَنَّهُ انْمَا يَتَصَوَّرُ لِمَصَوِّفِهَا الْإِخْبَارُ بِنَفْسِهِ يَعْنِي بِنَفْسِ الْقُدُومِ لِقَطَاوَهُ وَالْوَاقِعُ فِي الْكُذْبِ فَاشْتَرِطَ
الصَّدَقَ بِنَاءً عَلَى أَن تَحَقُّقَ الْإِلْصَاقِ انْمَا يَكُونُ بِالْإِلْصَاقِ الْإِخْبَارُ بِنَفْسِ الْوَاقِعِ بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ انْ أَخْبَرَنِي
انْ فَلَا نَافَهُوَ عَتَقَ كُلِّ مَنْ أَخْبَرَهُ صَدَقًا أَوْ كَذِبًا وَقَدْ أُرِدَ عَلَى اشْتِرَاطِ الصَّدَقِ فِي الْبِشَارَةِ أَنَّ تَغْيِيرَ الْبَشَرَةِ
كَمَا يَحْصُلُ بِالْإِخْبَارِ الْبِشَارَةَ صَدَقًا كَذَلِكَ يَحْصُلُ كَذِبًا وَأَجِبَ بِمَا لَيْسَ بِمَقْصِدٍ وَالْوَجْهُ فِيهِ نَقْلُ اللُّغَةِ
وَالْعَرَفِ (قَوْلُهُ وَلَوْ قَالَ انْ اشْتَرَيْتَ فَلَا نَافَهُوَ حَرَفَاشْتَرَاهُ يَنْوِي بِهِ كَفَارَةً بِمَنْزِلِهِ لَمْ يَجْزِهِ) لَانِ وَقُوعُهُ كَفَارَةً
يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ الْكُفَارَةِ وَهَذِهِ النِّيَّةُ يَشْتَرِطُ قَرَأَتُهَا بَعْلَةَ الْعَتَقِ وَهِيَ الْيَمِينُ وَهَذَا تَسَاهُلٌ فَانْ عِلَّةُ الْعَتَقِ
هُوَ قَوْلُهُ هُوَ حَرُوهُ جُزْءُ الْيَمِينِ فَانِ الْيَمِينُ هُوَ مَجْمُوعُ التَّرَكِيبِ التَّعْلِيقِي وَإِذَا كَانَ الشَّرْطُ ذَلِكَ وَالْفَرْضُ
أَنَّهُ لَمْ يَنْوِ عِنْدَ التَّكْلِيمِ بِهِ لَعِنْدَ مَبَاشَرَةِ الشَّرْطِ لَمْ يَحْصُلْ شَرْطُ الْكُفَارَةِ فَلَمْ يَجْزِ عَنْهَا وَهَذَا لَانِ الْعَتَقُ وَانْ
كَانَ يَنْزِلُ عِنْدَ وَجُودِ الشَّرْطِ لَكِنَّهُ انْمَا يَنْزِلُ بِقَوْلِهِ أَنْتَ حَرُ السَّابِقِ فَانْ الْعِلَّةُ أَمَّا الشَّرَاءُ فَشَرْطُ عَمَلِهَا فَلَا
يَعْتَبَرُ وَجُودُ النِّيَّةِ عِنْدَهُ فَصَارَ كَمَا لَوْ قَالَ عَبْدِي حَرُ بِلَانِيَّةٍ ثُمَّ نَوَى عَنْ كَفَارَتِهِ لَا يَجْزِي بِهِ لَانِ النِّيَّةُ شَرْطُ مَقْدَمِ
لَا مَنَآخِرَ وَانْمَا صَحَّتْ فِي الصُّومِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ حَتَّى لَوْ كَانَ نَوَى عِنْدَهُ إِذَا اشْتَرَيْتَهُ فَهُوَ حَرُ عَنْ كَفَارَةِ
يَمِينِي فَاشْتَرَاهُ عَتَقَ عَنْهَا وَكَذَلِكَ الْوَقَالُ هُوَ حَرُ يَوْمَ اشْتَرَيْتَهُ بِرِيدٍ عَنْ كَفَارَتِي وَأُورِدَ عَلَيْهِ أَنَّ الْجُزْءَ الْمَعْلُوقَ
انْمَا يَنْعَقِدُ عِلَّةً عِنْدَ الشَّرْطِ وَالشَّرَاءُ هُوَ الشَّرْطُ وَقَدْ قُرِنَتِ النِّيَّةُ بِالْعِلَّةِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَقَعَ عَنْهَا الْقَرَأَنُ النِّيَّةُ
بِالْعِلَّةِ فَالْجَوَابُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ قَبْلَ الشَّرْطِ بِعَرَضِيَّةٍ أَنْ يَصِيرَ عِلَّةً اعْتَبَرَ الشَّرْعُ لَهُ حَكْمُ الْعِلَّةِ حَتَّى
اعْتَبَرَتِ الْإِلَهِيَّةُ عَنْدهُ اتِّفَاقًا لَوْ كَانَ مَجْنُونًا عِنْدَ وَجُودِ الشَّرْطِ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ وَلَوْ كَانَ مَجْنُونًا
عِنْدَ التَّعْلِيقِ لَمْ يَعْتَبَرْ أَصْلًا فَلِذَا يَجِبُ أَنْ تَعْتَبَرَ النِّيَّةُ عَنْدهُ (قَوْلُهُ وَانْ اشْتَرَى أَبَاهُ يَنْوِي بِهِ كَفَارَةً
بِمَنْزِلِهِ أَجْزَاءً عِنْدَنَا خِلَافَ الزُّفَرِ وَالشَّافِعِيِّ) وَمَالُ وَأَحْمَدُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ أَوَّلًا لَانِ الْعِلَّةُ لِعَتَقِ هِيَ
الْقِرَابَةُ الْمَحْرُومَةُ لِشُرَاءِ الْقَرِيبِ لِأَنَّهُمَا تَقَرَّرَا فِي وَجُوبِ الصَّلَاةِ كَالنَّفَقَةِ فَهِيَ الْمُؤَثَّرَةُ فِي الْعَتَقِ
وَانْمَا الْمُلْكُ شَرْطُ عَمَلِهَا سِوَاهُ حَصَلَ بِطَرِيقِ الشَّرَاءِ أَوْ غَيْرِهِ كَالْهَبْسَةِ وَالْأَرِثِ وَأَمَّا أَنْ يَكُونَ الشَّرَاءُ نَفْسَ

وَالِدِهِ الْآنَ يَجْعِدُهُ مَعْلُو كَافِشْتَرِيهِ فَبِعَتَقِهِ وَوَجْهُ الِاسْتِدْلَالِ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ جَعَلَ نَفْسَ الشَّرَاءِ اعْتِقَاقًا لِأَنَّهُ لَا يَشْتَرِطُ غَيْرَهُ

قَالَ الْمَصْنِفُ (وَلَوْ قَالَ انْ اشْتَرَيْتَ فَلَا نَافَهُوَ) أَقُولُ وَأَنْتَ خَيْرُ بَانَ الْإِنْسَانِ كَرِهَ هَذِهِ الْمَسَائِلَ فِي بَابِ الْكُفَارَةِ

وقوله (وصار تفسير قوله سقاء فأرواه) جواب عما يقال عطف الاعتاق على الشراء بالفاء وهو يقتضي التراخي بزمان في كلام العرب وان لطف فلا يكون نفسه ووجهه أن الفعل اذا عطف على فعل آخر بالفاء كان الثاني ثابتا بالاول في كلام العرب يقال ضربته فأوجعه وأطعمته فأشبعه وسقاء فأرواه أي بذلك الفعل لا بغيره وفيه بحث وهو أن شراء القريب هل يثبت الملك للشري القريب أولا فان أثبتته لا يزيله لان الميثب بعينه لا يكون مزيلًا وان لم يثبت لا يعتق عليه لانه لا يعتق فيما لا يملكه ابن آدم لا يقال شراء القريب يثبت الملك لكن ثبوت الملك في القريب اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك وكون ثبوت الشيء ازالة له محال بالبدية ولا يقال شراء القريب اعتاق بواسطة موجبه وهو ثبوت الملك لانه أشد استحالة (٨٠) لانه يلزم أن يكون مثبت الشيء ونفس ثبوته ازالة له والجواب أن قولهم ثبوت

الملك في القريب اعتاق فعنه أن الشرع أخرج القريب عن محليته الملك بقاء كانه أخرج الحر عن محليته ابتداء بقاء وهذا لان العتق لا يقع الا في الملك فلم يقل بثبوت الملك ابتداء لم يتصور زواله ومن قال لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة عيني فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه والواجب باليمين ما يستحق حريته بها من كل وجه ولقائل أن يقول القريب مستحق للعتق بالقرابة كما أن أم الولد مستحقة له بالاستيلاد فالفاء لما تعتق اذا اشتراها منه الكفارة بعد التعليق كما عتق القريب والجواب أن الاستيلاد فعل اختياري من جهة المستولد فكانت الحرية من جهتين جهة

وصار تفسير قوله سقاء فأرواه (ولو اشترى أم ولده لم يجزه) ومعنى هذه المسئلة أن يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة عيني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة عيني حيث يجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية

العلة فلا لانه لا ثبات للملك والعتق لازالته وبينهما تناف فلا يكون العتق مقتضاه ولنا أن شراء القريب اعتاق لما روى الستة الا البخاري كلهم من حديث سهل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لن يجزى ولد والد الا أن يجدد عمو كما في شريه فيعتقه يريد في شريه فيعتق هو عند ذلك الشراء وهذا الاجماع على أنه لا يحتاج في اثبات عتقه الى اعتاق زائد بعد الشراء ولا شك أن القرابة ظاهرة الاثر فيه شرعا وقد رتب عتقه على شرائه بالفاء لما علمت من أن المعنى فيعتق هو فهو مثل سقاء فأرواه والترتيب بالفاء يفيد العلية على ما عرف مثل سقاء فسجد ورتني ما عز فرجم كما ينافي وجه قول زفر وغيره وقد ثبت أن الملك أيضا كذلك بالنصر مع أنه يشتمل على عين حكمته وذلك أن في ترتيب العتق عليه تحصيلا لدفع مفسدة القطيعة الحاصلة بملكه اياه كالبهايم والامتنعة ولمصلحة الصلاة وهذه عين حكمة القرابة التي بها كانت علة العتق فوجب كون مجموع القرابة والملك علة العتق ولذا جعلنا بينهما ما واشتهرت عبارتنا القائلة بشراء القريب اعتاق غير أن الشراء علة العلة أي علة جزئية العلة ولما كان الشراء الاختياري هو الجزء الاخير من العلة بخلاف القرابة أضيف الحكم اليه ولزمت النية عنده فاذا نوى عند الشراء أنه يشترى به عن كفارته صح بخلاف ما اذا ملك الاب وغيره بالارث فان الملك يثبت فيه بلا اختيار فلا يتصور النية فيه فلا يعتق عن كفارته اذا فواه لانها نية متأخرة عن العتق على ما تقدم بخلاف ما اذا وهب له أو وصى له به أو تصدق به عليه فنوى عند القبول أن يعتق عن كفارته فانه يصح لسبقها مختارا في السبب وعما ذكرنا من الترتيب ظهر فساد قولهم العتق مستحق بالقرابة لان العتق لا يثبت قبل تمام العلة وأما المناقاة التي ذكرت في قولهم الشراء يوجب الملك والاعتاق ازالته فهو بناء على ظاهر اللفظ في قولنا شراء القريب اعتاق وقد علمت انه انما يوجب الملك في القريب وملك القريب علة العتق فالإضافة اليه اضافة الى علة بعيدة والمناقاة انما تثبت لو كان ازالة الملك نفس موجب الشراء أولا وبالذات وكان الالبق بهذه المسئلة وما بعدها فصل الكفارة (قوله ولو اشترى أم ولده لم تجزه عن الكفارة) وان نوى عند الشراء كون عتقها عن كفارة عينه قالوا ومعنى المسئلة أن يكون تزوج أمة

الاستيلاد والشراء فلم يقع عن الكفارة من كل وجه بخلاف القرابة فانها ليست كذلك فلم يكن من جهة القريب لغيره جهة في حريته سوى الشراء فاذا اشتراه ناو بالالكفارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه وقوله (بخلاف ما اذا قال لقنة) ظاهر

(قوله ووجهه أن الفعل الخ) أقول ولا يخفى أن ما ذكره اعتراف بالمغايرة (قوله لا يقال شراء القريب الخ) أقول والظاهر أن شراء القريب يثبت الملك في الزمان الاول ومزيل له في ثابته ولا مناقاة كما في الاعراض السيالة في العلل العقلية ولعل مراد السارح أيضا ما ذكرنا لكن في عبارته نوع قصور (قوله لانه يلزم أن يكون مثبت الشيء ونفس ثبوته ازالة له) أقول يعني يلزم أن يكون الشراء الذي هو مثبت الملك مزيلًا للملك (قوله والواجب باليمين) أقول يعني الكفارة (قوله ولقائل الى قوله كما أن أم الولد الخ) أقول المناسب لغرضه هو العكس في التشبيه كما لا يخفى

قال (ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة) معنى تسريت اتخذت سرية وهي فعلية منسوبة الى السرو وهو الجماع أو الاخفاء لان الانسان يسره وانما ضمت سينه لان الابنية قد تتغير في النسبة كما قالوا في النسبة الى (٨١) الدهر دهرى بضم الدال للمعر والتسرى

عبارة عن التحسين والجماع طلب الولد أو لم يطلب عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا بد من طلب الولد مع ذلك حتى لو وطئها وعزل عنها لا يكون تسرياً عنده وإذا كان كذلك لم يستلزم ملك الرقبة وانما يستلزم ملك المتعة سواء كان بالتكاح أو بملك الرقبة فإذا قال ان تسريت جارية فهي حرة (فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان الميسر ان عتقت في حقها لمصادفتم الملك) وكل ما انعقد في حقه الميسر اذا وجد الشرط فيه يترتب عليه الجزاء وقوله (وهذا لان الجارية) توضيح لان عقد الميسر في حقها

(قوله ان تسريت) أقول أصله تسررت قلبت احدى الراآت باء (قوله اتخذت سرية) أقول السرية واحدة السرارى (قوله كما قالوا في النسبة الى الدهر دهرى بضم الدال) أقول (قوله والتسرى عبارة عن التحسين) أقول والمنع عن الخروج

(١) قوله وكان القياس أن لا يقال الخ هكذا في

(ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت) لان الميسر ان عتقت في حقها لمصادفتم الملك وهذا لان الجارية منسوبة في هذا الشرط فتناول كل جارية على الانفراد

لغيره فأولدها بالتكاح ثم يقول لها (ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة عيني ثم اشترها فانها عتقت لوجود الشرط) وهو الشراء (ولا تجزيه عن الكفارة) وانما صورت هكذا لانه يريد الفرق بين شراء القريب عن الكفارة وشراء أم الولد والا فالخامس أن عتق أم الولد عن الكفارة لا يجزى معلقا ولا منجزا والفرق بين الشراءين مع أن الشراء في الفصلين مسبق بما يوجب العتق من وجه وهو ما القرابة والاستيلاء أن أم الولد استحققت العتق بالاستيلاء حتى جعل اعتاقا من وجهه قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها فهي قبل الشراء قد عتقت من وجهه فلم يكن عتقها بالشراء أو تجزى اعتاقا من كل وجه بل من وجه دون وجه والواجب بالحنث في الميسر وغيره من الكفارات اعتاق من كل وجه بخلاف شراء القريب فإنه اعتاق من كل وجه لانه لم يكن قبل الشراء أعتق من وجهه (بخلاف ما لو قال لقنسة ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة عيني حيث تجزيه اذا اشترها لان حريته غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل اضافة العتق الى الكفارة وقد قارنته النية) فكل الموجب (قوله ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة) اعلم أن التسرى هنا تفعل من السرية وهو انخاذها والسرية ان كانت من السرور فانها تسرى هذه الحالة ويسر هو بها أو من السرور السيادة فضم سينها على الأصل وان كانت من السرى بمعنى الجماع أو بمعنى ضد الجهر فانها قد تنحى عن الزوجات الحرائر فضمها من تغييرات النسب كما قالوا دهرى بالضم في النسبة الى الدهر وفي النسبة الى السهل من الارض سهل بالضم والفعل منه بحسب اعتبار مصدره فان اعتبر التسرى فيل تسرى بابدال الياء ألفا لثبوتها وانفتاح ما قبلها وان اعتبر التسرى قبل تسرر (١) وكان القياس أن لا يقال الاتسرى في المصدرين لانه انخاذ السرية لكن لوحظ فيه أصل السرية وهو السرور والسرفاستعمل براءين بابدال الياء راء وخصت لانها هي الأصل ومنه ما ذكره ابن الاثير عن عائشة وسئل عن المتعة فقالت لا نجد في كتاب الله تعالى الا التكاح والاستسار والقياس الاستسار مهمزة هي بدل الياء الواقعة طرفا بعد ألف ساكنة كهمزة كساء ومعنى التسرى عند أبي حنيفة ومحمد أن يحصن أمته وبعد هذا للجماع أفضى اليها بمائه أو عزل عنها وعند أبي يوسف ونقل عن الشافعي رحمه الله تعالى أن لا يعزل ماءه مع ذلك فعرف أنه لو وطئ أمته ولم يفعل ما ذكرنا من التحسين والاعداد لا يكون تسريا وان لم يعزل عنها وان علق منسبه لنا أن مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور أو ما يرجع الى الجماع أو غير ذلك لا تقتضى الانزال فيها لان الجماع والسرور والسيادة كل منها يحقق دونه فأخذ في المفهوم واعتباره بلا دليل وكون العرف في التسرى تحصيلها لطلب الولد انما ممنوع بل العرف مشترك في المشاهد فمن الناس من يقصد ذلك ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير أن تلده اذا عرف هذا فاعلم أنه اذا حلف لا يتسرى فاشترى جارية فخصنها ووطئها حنث ذكره القندوري في التجريد عن أبي حنيفة ومحمد رحمه الله ولو قال ان تسريت جارية فعبدى حرقا فاشترى جارية ففسرها عتق العبد الذي كان في ملكه وقت الحلف ولو لم يكن في ملكه عبد فلك عبدا ثم اشترى جارية ففسرها لا يعتق هذا العبد المستحدث ولو قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت وهي مسئلة الكتاب وهي اجماعية ولو اشترى جارية بعد الحلف ففسرها لا تعتق عندنا ولا عند أحد من الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد رحمه الله وقال زفر عتق لان التسرى لا يصح الا في الملك فكان ذلك كذا المالك فكانه قال ان ملكك أمة فتسريتها فهي حرة

(١١ - فتح القدير رابع)

الخ وليس يصح فليحذر كسبه معصمه

(وان اشترى جارية ففسرها لم تعتق خلافا لفرقة يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره كذا الملك وصار كما اذا قال لاجنية ان
 طلقك فعبدى حريصا الزوج مذ كورا) فان قيل هذا قول بالاقضاء وزفر لا يقول بالاقضاء أجيب بان اثبات الملك ههنا بدلالة اللفظ
 لا بالاقضاء والفرق بينهما ان الثابت دلالة ما يكون مفهوما من اللفظ بلا تأمل واجتهاد كما كان النهي عن الضرب والشم وسائر الافعال
 المؤدية مفهوما من النهي عن التأنيف (٨٣) ولا كذلك المقضى لان المقضى لا يفهم من ذكر المقضى ثم اذا قيل فيما نحن فيه عند

فلان سرية يراى بها جارية
 مملوكة من غير تأمل فلما كان
 الملك مفهوما من التسري
 بلا تأمل واجتهاد كان الملك
 ثابتا بطريق الدلالة لا بطريق
 الاقتضاء هكذا ذكره
 صاحب النهاية وبقيت
 الشارحين وفيه تظير
 لان الثابت بالدلالة هو
 ما يكون بطريق الحاق صورة
 باخرى بامر جامع كالضرب
 الملق بالتأنيف بواسطة
 الاذى ولهذا ذهب بعض
 اصحابنا واصحاب الشافعي
 الى ان الدلالة قياس لوجود
 اصل وفرع وعلة جامعة
 بينهما والملك من التسري
 ليس كذلك واقول هذا
 اللفظ يستعمل في العرف
 بمعنى ان وطئت مملوكة
 فكانت الدلالة بطريق
 العبارة مجازا او نقول هذا
 الحكم اذا ثبت عن زفر ولم
 يقل بالاقضاء كان مناقضا
 فكيف بنا مؤنة الجدال معه
 (ولنا ان الملك يصير مذ كورا
 ضرورة صحة التسري)
 وتقريره سلمنا ان ذكره ذكر
 الملك ولكن بطريق الاقتضاء
 ضرورة صحة التسري لكونه
 شرطا وما ثبت بالضرورة

(وان اشترى جارية ففسرها لم تعتق) خلافا لفرقة يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره
 ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنية ان طلقك فعبدى حريصا الزوج مذ كورا ولنا ان الملك يصير
 مذ كورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيقتدر بقدره ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية

وصار كما لو قال لاجنية ان طلقك فعبدى حريصا الزوج مذ كورا حتى لو تزوجها وطلقها اعتق العبد
 ولنا انه لو عتقت المشتراة لم صحة تعليق عتق من ليس في الملك بغير الملك وسببه والتالي باطل بالاجماع
 وهذا لان التسري ليس نفس الملك ولا سببه بل قد يتفق بعده وقد لا يتفق فان حقيقة ليس لا اعداد
 امة حصنها للجماع فانما يستلزم وجوده وجود الملك سابقا على ابتداء التحصين والاعداد او مقارنا وهذا
 القدر لا يستلزم اخطاره عند التكلم اصلا فضلا عن خطوره ثم تقديره مراد الله ليس لازما بيننا
 لدلول اللفظ في الذهن بل لازم لوجوده في الخارج واللوازم الخارجية لا يلزم تعقلها تعقل ما هو ملزمها
 في الخارج بخلاف ما لو قال ان ملكك امة فتسريتها الخ فانه صرح بجعل الشرط الملك وبخلاف
 ما قاس عليه من قوله لاجنية ان طلقك فعبدى حريصا لان عتق عبده القائم في ملكه ليس لاعتبارنا الشرط
 مجموع ان تزوجك ثم طلقك فعبدى حريصا بل لاقتضاء الشرط الملك غير ان الشرط هناك اذا ثبت بعتضاء
 ثبت الجزاء وهو عتق عبده اما ههنا لو ثبت التسري لا يثبت عتق المتسري به الاحتياج الى امر زائد على
 مجرد الشرط شرعا وهو كونه نفس الملك او سببه فلهذا ثبت الملك ههنا ضرورة صحة التسري به فقط لان
 الثابت ضرورة امر لا يتجاوزها ثم لا يثبت عند التسري عتقها الاحتياج عتق غير المملوكة بالاغتياق
 المعلق قبل ملكها الى كونه معلقا بالملك او سببه ولم يوجد فظهر ان هذه ليست وزان مسئلتنا وانما وزانها
 لو قال لاجنية ان طلقك واحدة فانت طالق ثلاثا ثم تزوجها فطلقها واحدة ونحن نقول في هذه
 لا تطلق الاخر بين الباقيتين لوطلقها واحدة بعد ان تزوج بها الماذ كرنا من ان شرط الطلاق الواقع
 بالتطبيق المعلق قبل الزوج كونه معلقا بالملك او سببه ولم يوجد نعم قد يفقد اللفظ الدال على المعنى
 فيصير معتبرا للفظا وان لم يكن مدلول التزميا لتصحيح الجزاء فيما اذا علم ان غرض المين الحمل فانه يعرف
 قصد وجود الشرط لوجود الجزاء كما قدر ابو حنيفة رحمه الله لفظ حيا في قوله ان ولدت ولدا فهو حر لتصحيح
 الجزاء لا لعل بان غرضه وجود الشرط وهو الولادة والحمل عليها وتخفيفها عليها ففيم ليس كذلك بل يعرف
 ان الغرض منع الشرط بمنع نفسه عنه لا يجوز التقدير لتصحيح وقوع الجزاء وحلف التسري من هذا
 القبيل هذا وقد اورد على زفر انه لا يقول بالمقتضى حتى حكم في قوله اعتق عبدا عني بالف انه يعتق عن
 المأمور فكيف خالف هنا وحكم باعتباره وتقديره واجيب بانه لا يلزمنا صلاحه فان مناقضته لا تضربنا
 ومنهم من اجاب بانه ليس عنده من باب المقضى بل من دلالة النص حيث كان فهم الملك ثابتا عند
 فهم معنى التسري واعتراض بان الدلالة لا بد فيها من صورة اصل وفرع وعلة حتى قيل هي قياس غير انه
 لا يفتقر الى اهلية الاجتهاد في فهم حكم المسكوت فالوجه كون هذا اللفظ في العرف بمعنى ان وطئت
 مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق العبارة وقد نقلنا في تحرير الاصول عن نحر الاسلام تفسير الدلالة بمعنى

دلالة

يتقدر بقدرها (ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية) لانها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضاء

(قوله أجيب بان اثبات الملك ههنا بدلالة اللفظ) أقول أو الحذف (قوله وأقول هذا اللفظ يستعمل في العرف الخ) أقول فعلى هذا لا يستقيم
 جوابهم عن زفر على ما قرره (قوله كان مناقضا الخ) أقول السائل يسأل عن وجه صحة قول زفر بناء على أنه من كبار أئمة الدين وحسن الظن
 به يمنع عن اعتقاد ارتكاب التناقض (قوله لانها ليست من لوازم الملك الخ) أقول ألا يرى أنه قد يوجد الملك ولا يوجد العتق

وقوله (وفي مسألة الطلاق) جواب عن قوله كما اذا قال لاجنية وتفر به ما ذكر من المسئلة المذكورة فالامر فيه كذلك لانه ثبت فيها ملك
النكاح ضرورة صحة الشرط الذي هو الطلاق ولا يتعدى الى صحة الجزاء (حتى لو قال لها ان طلقك فانت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها
لا تطلق ثلاثا فهذه وزان مسئلتنا) من حيث ان في كل منهما ثبت شرط الشرط لصحة الشرط ولا يتعدى الى صحة الجزاء وأما وزان مسئلة
زفر فهو ان يقول ان تسريت جارية فعبدى حر فاسترى جارية فتسرى بها عنق (٨٣) العبد لقيام الملك في الحال في العبد

فيصح تعليق عتقه بشرط
سبوح (ومن قال كل
مملوك لي حرعتني أمهات
أولاده ومسد بروه وعبيده
لوجود الاضافة المطلقة في
هؤلاء) يعني أن كل واحد
من هؤلاء في الاضافة الى
نفسه بقوله لي كامل (اذ
الملك ثابت فيهم رقة وبدا)
واذا كان الملك كذلك دخلوا
تحت كلمة كل فيعتقون وان
قال أردت الرجال خاصة
صدق بديانة خاصة أما
تصدق بديانة فلان لفظ
المملوك وضع للذكر وأما
عدم تصديقه قضاء فلانهم
عند الاختلاط يستعمل
فيهم لفظ المذكور عرفا ولو
نوى الاناث لغت نيته وان قال
لم أنو المدبرين لم يصدق في
القضاء على رواية كتاب
العناق ولم يصدق لقضاء
ولا بديانة على رواية كتاب
الأيمان ففيه روايتان (ولا
يعتق مكاتبوه الا أن ينوبهم
لان الملك غير ثابت بداولهم هذا
لا يملك كسابه ولا يحل له
وطء الامه (المكاتبة)
فكان المكاتب مملوكا من
وجه دون وجه (بخلاف

وفي مسألة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقك فانت طالق ثلاثا
فتزوجها وطلقها واحدة لا تطلق ثلاثا فهذه وزان مسئلتنا (ومن قال كل مملوك لي حرعتني أمهات
أولاده ومسد بروه وعبيده) لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقة وبدا (ولا يعتق
مكاتبوه الا أن ينوبهم) لان الملك غير ثابت بداولهم هذا لا يملك كسابه ولا يحل له وطء المكاتبه بخلاف أم
الولد والمدرسة فاختلفت الاضافة فلا بد من النية (ومن قال لنسوة هذه طالق أو هذه طلق هذه طلق الأخيرة
وله الخيار في الأولين) لان كلمة أو لا تثبت أحد المذكورين وقد أدخلها بين الأولين ثم عطف الثالثة على
المطلقة لان العطف للشاركة في الحكم فيختص بمحلها فصار كما اذا قال احدا كما طالق وهذه (وكذا اذا قال
لعبيده هذا حر أو هذا وهذا اعتق الأخير) وله الخيار في الأولين لما بينا

دلالة الالتزام وان لم نرضه هذا والتحقيق أن ليس هذا من المقتضى لان المقتضى ما يكون ثبوته
لضرورة تصحيح الكلام الطاهر عدم صحته لغة مثل رفع الخطأ وشرعا مثل اعتق عبدك عنى وقول
القائل ان تسريت لا يتبادر كذبه فيحتاج في تصحيحه الى التقدير ازالة للخطأ تصحيح المصباح ظاهر وهذا
على وزان ما قلناه في ان أكت بل الحق أنه في اللغة والعرف واحد وهو اعداد المملوكه الخ لا الاعداد
الاعم منها ومن المزني بها فهو مدلول تضمني من قبيل العبارة (قوله ومن قال كل مملوك لي حرعتني
أمهات أولاده ومسد بروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء) أي اضافة الملك الكامل في هؤلاء الى
السيد ثابتة رقة وبدا قد دخلوا فيعتقون ويدخل الامه والذكور ولو نوى الذكور فقط صدق بديانة
لاقضاء لانه نوى التخصيص في اللفظ العام ولو نوى نسود دون غيرهم لا يصدق قضاء ولا بديانة لانه نوى
التخصيص بوصف ليس في لفظه ذكره ولا عموم اللفظ فلا تعمل نيته بخلاف الرجال لان لفظ كل مملوك
للرجال حقيقة لانه نعيم مملوك وهو الذكور وانما يقال للانثى مملوكه ولكن عند الاختلاط يستعمل
لهما المملوك عادة يعني اذا عم مملوك باذخال كل ونحوه يشمل الاناث حقيقة كما ذكر في جمع المذكور
كالمسلمين والواو في فعلاو على ما ذكرناه عند الحنفية والحنابلة حقيقة في الكل فلذا كان نية الذكور خاصة
خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ولو نوى النساء وحدهن لا يصدق لا بديانة ولا قضاء ولو قال لم أنو المدبرين
في رواية يصدق بديانة لا قضاء وفي رواية لا يصدق لا بديانة ولا قضاء (قوله ولا يعتق مكاتبوه) يعني بقوله كل
مملوك لي حر وكذا معتق البعض عند أبي حنيفة (لان الملك فيهم غير ثابت بداولهم هذا لا يملك كسابه ولا يحل
له وطء المكاتبه بخلاف أم الولد والمدرسة فاختلفت الاضافة الملك اليهم فلا بد من أن ينوبهم) بلفظ كل مملوك
وعلى هذا ينبغي لو قال كل مرفوق لي حر أن يعتق المكاتبون لان الرق فيهم كامل ولا تعتق أم الولد الا بالنية
(قوله ومن قال لنسوة هذه طالق أو هذه طلق الأخيرة وله الخيار في الأولين) لان كلمة أو لا تثبت
المذكورين وقد أدخلها بين الأولين ثم عطف الثالثة على المطلقة (منهما والعطف بشرط في حكم
المعطوف عليه وحكمه هنا الطلاق المنجز وانما التوقف في التعيين) فصار كما اذا قال احدا كما طالق وهذه
وكذا اذا قال لعبيده هذا حر أو هذا وهذا اعتق الأخير ويختار في الأولين لما بينا) ومثله لو قال لفلان على

أم الولد والمدرسة فاختلفت الاضافة فلا بد من النية) وقوله (ومن قال لنسوة هذه طالق أو هذه طلق الأخيرة) على ما ذكره في الكتاب ظاهر
وقوله (فيختص بمحل) أي بعمل الحكم وهي المطلقة لان الكلام سبق لا يباع الطلاق واعترض بان العطف كما يصح على من وقع
عليه الحكم يصح أيضا على من لم يقع عليه الحكم والاصل عدم الحكم فيعطف على من لم يقع عليه الحكم كما في قوله والله لا أكرم فلانا
أو فلانا فلا تافاه ان كلم الا ول حث وان كلم احدا لا تخرين لا يثبت حتى يكلمهما ويكون الثالث معطوفا على الثاني الذي لم يقع عليه
الحكم منفردا وهذا لان الجمع يحرف الجمع كلفظ الجمع فصار كأنه قال هذه طالق أو هاتان فحينئذ كان هو مخيرا في الطلاق والعناق

ان شاء اوقع على الاولى وان شاء اوقع على الاخرين واجيب بان هذا الذي ذكرته هو رواية ابن سماعة عن محمد فاما الذي ذكره في الكتاب فهو ظاهر الرواية والفرق بين جواب ظاهر الرواية في الطلاق والعناق وبين قوله والله لا كلم فلانا وفلان في أن الثالث معطوف على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم وهو مسئله الجامع هو أن كلمة أو اذا دخلت بين شيئين تتناول أحدهما نكرة الآن في الطلاق والعناق الموضع موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص فتناول أحدهما فاذا عطف الثالث على أحدهما صار كأنه قال أحدا كما طالق وهذه ولونص على هذا كان الحكم. (٨٤) ما قلنا أما في مسئله الجامع فالموضع موضع النفي وهي فيه تم كقوله تعالى ولا تطع

منهم - أمّا أو كفورافصار كأنه قال والله لا كلم فلانا ولا فلانا فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كأنه قال أو هذين ولونص على هذا كان الحكم هكذا فكذا هنا

باب اليمين في البيع والشراء والتزويج وغير ذلك

(ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث) لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الأمر

ألف أولفان وفلان كان نصف الألف للثالث وعليه بيان من له النصف الآخر من الأولين وقد يقال العطف بالواو كما يصح على الاحد المفهوم من هذه أو هذه يصح على هذه الثانية وحينئذ لا يلزم الطلاق في الثالثة لان التريد حينئذيين الاولى فقط والثانية والثالثة معا فيلزمه البيان لذلك في الطلاق والعناق والله أعلم

باب اليمين في البيع والشراء والتزويج وغير ذلك

من الطلاق والعناق والضرب ولما كانت الأيمان على هذه التصرفات أكثر منها على الصلاة والحج والصوم وما بعدهما قدمها عليها والحاصل أن كل باب عقده فوقه أقل مما قبله وأكثر مما بعده وعلم أن الأصل عندنا أن كل عقد ترجع حقوقه إلى المباشر ويستغنى الوكيل فيه عن نسبة العقد إلى الموكل لا يحنث الحالف على عدم فعله بمباشرة الأمور ولو جوده من الأمور حقيقة وحكما فلا يحنث بفعل غيره لذلك ذلك كالحلف لا يبيع ولا يشتري ولا يؤجر ولا يصالح عن مال ولا يقاسم وكذا الفعل الذي يستتاب فيه ويحتاج الوكيل إلى النسبة إلى الموكل كما اذا حلف لا يخاصم فلانا فان الوكيل يقول أدعي لموكل وكذا الفعل الذي يقتصر أصل الفائدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث في شيء من هذه بفعل الأمور وكل عقد لا ترجع حقوقه إلى المباشر بل هو فيه سفير وناقل عبارة يحنث فيه بمباشرة الأمور كما يحنث بفعله بنفسه وذلك اذا حلف لا يتزوج فوكل به أو لا يطلق أو لا يعتق بمال أو بلا مال أو لا يكتب أو لا يهب أو لا يتصدق أو لا يوصي أو لا يستقرض أو لا يصالح عن دم العمد أو لا يودع أو لا يقبل الوديعة أو لا يعير أو لا يستعير وكذا كل فعل ترجع مصلحته إلى الأمر كحلفه لا يضرب عبده ولا يذبح شاته فإنه يحنث بفعل الأمور ومنه قضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل على نأبته وخياطة الثوب وبناء الدار (قوله ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد) لان الحالف حقيقة وهو ظاهر وحكما حتى رجعت حقوق العقد إليه وكان هو المطالب بالتسليم للمؤمن أو المؤمن والمخاصم بالعيب وبالعين المؤجرة والاجرة (ولهذا لو كان العاقد) بطريق الوكالة في هذه (هو الحالف) لا يبيع الخ (يحنث في يمينه) لصدق أنه باع واشترى واستأجر حقيقة وحكما وهذا قول الشافعي في

باب اليمين في البيع والشراء والتزويج وغير ذلك

يريد بغير ذلك الطلاق والعناق والضرب وهذه التصرفات في الأيمان كثيرة الوقوع بالنسبة إلى ما بعده فلذلك قدمه قال في النهاية ثم الضابط في هذه التصرفات لأصحابنا رحمه الله فيما يحنث بفعل الأمور وفيما لا يحنث شيئا أحدهما أن كل فعل ترجع الحقوق فيه إلى المباشر فالحالف لا يحنث بمباشرة الأمور وكل فعل ترجع الحقوق فيه إلى من وقع حكم الفعل له يحنث والثاني أن كل فعل يحتمل حكمة الانتقال إلى غيره فالحالف فيه لا يحنث بمباشرة الأمور

الظاهر

وكل فعل لا يحتمل ذلك يحنث قيل وكل ما يستغنى الأمور في مباشرته عن اضافته إلى الأمر فالأمر لا يحنث

بمباشرة الأمور وان كان لا يستغنى عن هذه الاضافة يحنث والفقهاء في ذلك أن العقد متى رجعت حقوقه إلى من وقع حكم العقد له فقصود الحالف من الحلف التوقي عن حكم العقد وعن حقوقه وكلاهما يرجعان إليه ومتى رجعت حقوقه إلى العاقد لا إلى من وقع حكم العقد له فقصود من الحلف التوقي من رجوع الحقوق إليه وهي لا ترجع إليه فلا يحنث ثم مما يحنث الحالف بمباشرة الأمور به التكاسخ والصالح عن دم العمد والطلاق والعناق والهبة والصدقة والقرض والاستمارة وارض وضرب العبد والذبح والايذاء وقبول الوديعة والاعارة والاستعارة وخياطة الثوب وبناء الدار فان الحالف كما يحنث فيها بفعل نفسه يحنث أيضا بفعل الأمور وأما ما لا يحنث الحالف بمباشرة الأمور

وانما الثابت له حكم المقدال ان ينوي ذلك لان فيه تشديداً أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده (ومن حلف لا يتزوج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك حنث) لان الوكيل في هذا سفير ومعبور ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الامر وحقوق العقد ترجع الى الامر لا اليه (ولو قال عنت أن لا أتكلم به لم يدين في القضاء خاصة) وسنشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى (ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل بحنث في عيئه) لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعتة راجعة الى الامر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المأمور

الاظهر وعند مالك وأحمد يحنث لان بالامر يصير كأنه فعله بنفسه كما لو حلف لا يخلق رأسه فأمر من خلقه له حنث قلنا لم يوجد الفعل منه لاحقيقة ولا حكا وهو الشرط للحنث بل من العاقبة حقيقة وحكما (وانما الثابت له حكم العقد) الذي هو الملك لا كل حكم وان كان الحكم على الاعم بخلاف الخلق لان اليمين لم تنعقد فيه على خلقه بنفسه لانه غير معتاد وانما انعقدت على الخلق مطلقا فيحنث بفعل الغير كما لو خلق بنفسه بأن كان ممن يقدر على ذلك ويفعله وقوله الا أن ينوي ذلك استثناء من قوله لم يحنث يعني فاذا نوى البيع بنفسه أو وكيله يحنث ببيع الوكيل (أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقود بنفسه) فانه يحنث وان لم ينو لأن مقصوده من الفعل ليس الا الامر به فيوجد سبب الحنث بوجود الامر به للعادة وان كان السلطان رعايا يشر بنفسه عقد بعض المبيعات ثم لو فعل الامر بنفسه يحنث أيضا لان عقاده على الاعم من فعله بنفسه أو مأموره ولو كان رجلا يباشر بنفسه مرة وبوكل أخرى تعتبر الغلبة وكل فعل لا يعتاده الحالف كأنه من كان خلفه لا يني ولا يطين انعقد كذلك (قوله ومن حلف لا يتزوج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك حنث) يعني اذا فعله الوكيل وهو قول مالك وأحمد ووجه الشافعية وأكثرهم لا يحنث لانه لم يفعل وانما نسبته الى الامر مجاز ثم انه يحنث عند كم بفعل نفسه كما بفعل المأمور وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وأتم تأويله قلنا المالك يملك اضافته الى نفسه بل لا يستغنى عن اضافته الى موكله كان ناقلا عبارة للوكل فانضاف العقد كله لفظا وحكما اليه فيحنث به ألا ترى انه يقال في العرف للتكلم بكلام غيره من شعر أو حكمة هذا ليس كلام هذا الرجل بل كلام فلان فكان المعقود عليه عدم لزوم أحكام هذه العقود نظرا الى الفرض وهو أعم مما يلزم بمباشرة أو مباشرة مأموره وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز (ولو قال عنت أن لا أتكلم به لم يدين في القضاء خاصة) وفيما بينه وبين الله تعالى يدين ولو خلقها أو قال أنت طالق بائن حنث ولو آلى منها فضت المدة حتى بانث حنث عند أبي يوسف لان الإيلاء طلاق مؤجل فعند مضيا يقع مضيا قال الزوج وعند زفر لا يحنث لان الطلاق انما وقع حكما دفعا لضررها فلا يكون شرط الحنث موجودا ولو كان عينا ففرق بينهما بعد المدة لم يحنث في قول زفر وعن أبي يوسف روايتان ولو زوج به فضولي فأجاز بالقول حنث وعن محمد لا يحنث وفي الإجازة بالفعل اختلاف المشايخ قال شمس الأئمة والاصح عندى لا يحنث لان عقد النكاح يختص بالقول فلا يمكن جعل الجيز بالفعل عاقدا له ولا فرق بين كون التوكيل بعد اليمين أو قبله ولو وكل بالطلاق والعنق ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل أو أعتق يحنث لان عبارة الوكيل هنا منقولة اليه (قوله ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل حنث لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره) فالمسكاه اياه انتقل فعل الضرب اليه بواسطة الامر به (ثم منفعتة راجعة الى الامر) على الخصوص وهو ما يحصل من أدبه وانزاجه (فيجعل مباشرا اذ لا حقوق ترجع الى المأمور) وفرض المسئلة في ضرب عبده احترازا عما لو حلف لا يضرب حرا فانه لا يحنث بالامر به لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر امره الا أن يكون الحالف سلطانا أو قاضيا لانهم ما يملكان ضرب الاحرار حد أو تعزير اقل كما

به فهو البيع والشراء
والاجارة والاستجار والصلح
عن المال وكذلك القسمة
ومن المشايخ من أحسب
الخصومة بهذا القسم واذا
عرف هذا اظهر معنى
كلامه الا لفظا تنبه عليها
وقوله (الا أن ينوي) استثناء
منصّل بقوله فوكل من
فعل ذلك لم يحنث أي الا أن
ينوي أن لا يأمر غيره أيضا
فحنث يحنث وقوله (أو
يكون الحالف ذا سلطان)
يعني اذا باشر المأمور حنث
لان مقصوده من ائمين منع
نفسه عما يعتاده
ومعتاده الامر للغير فلما أمر
غيره وفعل المأمور حنث
ومع ذلك لو فعله بنفسه
حنث أيضا لوجود البيع
منه حقيقة وقوله (لان
المالك له ولاية ضرب عبده)
يلتزم الى أنه لو أمر غيره
بضرب حرا وقد حلف على
ضربه فضر به المأمور لم يحنث
لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر
أمره فيه

وقوله (ووجه الفرق) هو الفرق الموعود بقوله سنشير وحاصله انه اذا نوى الخصوص في العموم يصدق ديانته لا قضاء لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه واذا نوى الحقيقة المستعملة صدق قضاء وديانته وان كان في ذلك تخفيف عليه لان الكلام يصرف الى حقيقة بغيره فاذا وجدت النية كان الصرف اليها أولى وقوله (لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه) أي الى الولد وكرهه المنفعة نظر الى الخبر وهو التأديب والتنقف وقوله (ومن قال ان بعث لك (٨٦) هذا الثوب) على ما ذكره في الكتاب واضح وحاصل ذلك ان لام الاختصاص اذا اتصل بضمير

عقيب فعل متعد فاما ان يتوسط بين الفعل ومفعوله أو يتأخر عن المفعول وعلى التقديرين فاما ان يحتمل الفعل النيابة أو لان احتمالها وتوسط بينهما كان اللام لاختصاص الفعل وشرط حثه وقوع الفعل لاجل من له الضمير سواء كانت العين مملوكة له أو لم تكن وذلك انما يكون بالامر وان تأخر عن المفعول كان اختصاص العين به وشرط كونها مملوكة له سواء كان الفعل وقع لاجله أو لم يقع وان لم يحتملها لا يفترق الحكم في الوجهين أي في التوسط والتأخر بل يحتمل اذا فعل سواء كان بأمره أو بغير أمره لان الفعل اذا لم يحتمل النيابة لم يمكن انتقاله الى غير الفاعل فيكون الامر وعدمه سواء فتعين أن تكون اللام لاختصاص العين صوتا للكلام عن الالغاء ومعنى دس أخفى والمراد بالغلام إما العبد على ما ذكره في الجامع الصغير لقاضي خان وإما

(ولو قال غنيت أن لا أتولى ذلك بنفسى دين في القضاء) بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق أن الطلاق ليس الانكلام بكلام يقضى الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فدين ديانته لا قضاء أما الذبح والضرب ففعل حسي يعرف بأثره والنسبة الى الأمر بالتسبب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانته وقضاء (ومن حلف لا يضرب ولده فأمر انسا فاضربه لم يحنت) في عيونه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التأديب والتنقف فلم ينسب فعله الى الأمر بخلاف الأمر بضرب العبد لان منفعة الائتمان بأمره عائدة الى الأمر فيضاف الفعل اليه (ومن قال لغيبه ان بعث لك هذا الثوب فأمر أنه طالق فدى المحلوف عليه ثوبه في ثياب الخالف فباعه ولم يعلم لم يحنت) لان حرف اللام

الامر به (ولو قال غنيت أن لا أتولى ذلك بنفسى دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق أن الطلاق ليس الانكلام بكلام) شرعى بوجوب أثره شرعى في المحل وهو الفرق (والامر بذلك مثل التكلم به) لان المأمور به كالرسول به ولسان الرسول كالسان المرسل بالاجماع فاذا نوى التكلم به خاصة فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدق القاضي من حيث انه يتكلم بكلام داخل تحت ولاية المرسل مع فرض أن مقتضياته لا ترجع اليه وهي الحقوق وحقيقة المراد أن الطلاق وما معه ما كان لفظا ثبت عنده أثر شرعى فالحلف على تركه حلف على أن لا توجد الفرقة من جهته وهذا المعنى أعم من أن يتحقق بمباشرة أو بمباشرة الأمور فنية أحدهما خلاف الظاهر (أما الذبح والضرب ففعل حسي) لا يتوقف تحقق أثره على الأمر لان الضرب يثبت مع أثره من الفاعل بلا إذن منه فنسبة الفعل الى الأمر مجازية باعتبار تسببه فيه فاذا نوى أن لا يفعله بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه بخلاف الكلام المجعول أسبابا شرعية لا تأثر شرعية لا تثبت تلك الآثار به الا باذن عن ولاية فلما كان للاذن فيها أثر نقلها الى الخالف قالوا وثبت تصديقه قضاء في ضرب العبد رواية في تصديقه قضاء في الطلاق لان حقيقة كلامه المباشرة فيه ما يصدق في الفصلين وهو قول الشافعى والحق أن الفرق ثابت ولكن تأثيره في اختلاف الحكم غير ظاهر فان كون الفعل يتحقق أثره بلا إذن والقول لا يتحقق أثره الشرعى الا باذن لا يجزم عنده بلزوم الفرق المذكور (قوله ومن حلف لا يضرب ولده فأمر انسا فاضربه لم يحنت في عيونه لان منفعة ضرب الولد عائدة الى الولد) المضروب (وهي التأديب والتنقف) أي التقوم وتركه الاعوجاج في الدين والبر والرواة والاخلاق (فلم ينسب فعل الأمور الى الأمر) وان كان يرجع الى الاب أيضا لكن أصل المنافع وحقيقتها انما ترجع الى المنصف بها فلا موجب للنقل وأما في عرفنا وعرف عامتنا فانه يقال ضرب فلان اليوم ولده وان لم يباشرو يقول العامى ولده غدا أسقيك علقة ثم يذكر لمؤدب الولد أن يضربه فيعده الاب نفسه قد حقق ابعاده ذلك ولم يكذب فقتضاه أن ينعقد على معنى لا يقع بك ضرب من جهتي ويحنت بفعل الأمور (قوله ومن قال ان بعث لك هذا الثوب فأمر أنه طالق الخ) لاشك انه

الولد كذا ذكره في الفوائد الظهير به وهذا هو الصواب لان ضرب العبد يحتمل النيابة ولهذا لو حلف لا يضرب عبده فأمر غيره بضربه حنت لان المنفعة تعود اليه وقد ذكره المصنف قبيل هذا ومن الشارحين من وجه الأول بان المراد بالو كالة والنيابة وكالة

باب اليمين في البيع والشراء والتزويج وغير ذلك

(قوله وشرط حثه الخ) أقول والذي يستفاد من هذا الكلام هو أن الخالف لو باع الثوب المملوك للمحلوف عليه مع علمه بانه مملوك بغير أمره كان ينبغي أن لا يحنت فليتامل (قوله والمراد بالغلام إما العبد الى قوله وإما الولد) أقول والغلام يطلق على الولد أيضا قال الله تعالى انما ينشركم بغلام اسمه يحيى

يتعلق به حقوق يرجع بها الوكيل بما يلحقه من العهدة على الموكل وليس للضرب شيء من ذلك فكان كالاكل والشرب وأجاب عن المسئلة المذكورة بأن محمد المذكرها هو مخالف لما ذكره المصنف وتخطئه فانه ذكر انه لا حقوق له ترجع الى المأمور ومع ذلك جعله مما يحتمل النيابة قال (ومن قال هذا العبد حران بعته فباعه وشرط الخيار لنفسه عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم) لان خياره يمنع خروج البيع عن ملكه بالانفاق (فينزل الجزاء) قيل لو كان البيع من غير افاضة الحكم كافي الوقوع ما علق به اكان النكاح كذلك فاذا علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسد اوجب أن ينزل الجزاء وليس كذلك وأجيب بان جواز البيع ليس مع المنافي وجواز النكاح مع المنافي لانه رفق والانسانية تنافيه فاذا كان النكاح فاسدا اعتضد فسادا (٨٧) بما يخالف الدليل فترجى جانب

العدم فصار كأن لم يكن بخلاف البيع لانه موافق للدليل فكان موجودا بالايجاب والقبول في المحل وان لم يفد الحكم ولو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشترته وشرط الخيار لنفسه عتق أيضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على أصلهما ظاهر لان خيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك له عندهما وكذا على أصله لان هذا العتق معلق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجح العتق بعد الشراء بنسخ الشرط انفسخ الخيار ونبت الملك ووقع العتق فكذلك اذا علق ورد بان في التخيير لولم ينفسخ الخيار لبطل التخيير أصلا لعدم احتماله التأخير وفي التعليق لولم ينفسخ لم يبطل انبوت العتق بعدم مضي مدة الخيار فلا يلزم من صحة التخيير بنسخ الخيار صحة حكم التعليق به في الحال وأجيب بان

دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله بأمره اذا البيع تجرى فيه النيابة ولم توجد بخلاف ما اذا قال ان بعثت ثوبا بالاك حيث يحنث اذا باع ثوبا بملوكه سواء كان بأمره أو بغير أمره علم بذلك أولم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه أقرب اليه فيقتضي الاختصاص به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجرى فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفرق الحكم فيه في الوجهين (ومن قال هذا العبد حران بعته فباعه على أنه بالخيار عتق) لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء

يصح بعث لك هذا الثوب وبعث هذا الثوب لك بمعنى واحد اما على جعل الخطاب مشتريا له فيهما فاللام للاختصاص واما على جعلها فيهما للتعديل أي بعته لاجل ذلك فهي أيضا تفيد الاختصاص على ما ذكرنا لكن الوجه الظاهر في الاستعمال أنه اذا وليت اللام الفعل متوسطة بينه وبين المفعول نحو بعثت لك هذا كانت للتعديل ووجه افاذتها للاختصاص هو أن تضيق متعلقها المدخولها او متعلقها الفعل ومدخولها كاف الخطاب فتفيد أن الخطاب مختص بالفعل وكونه مختصا به يفيد أنه لا يستفاد اطلاق فعله الا من جهته وذلك يكون بأمره واذا باع بأمره كان بيعه اياه من أجله وهي لام التعديل فصار المعقود عليه أن لا يبيعه من أجله فاذا دس الخطاب ثوبه بلا علمه فباعه لم يكن باعه من أجله لان ذلك لا يتصور الا بالعلم بأمره ويلزم من هذا كون هذا لا يكون الا في الافعال التي تجرى فيها النيابة كالصياغة فحوان صغت لك خاتما وكذا ان خطت لك وان بنيت لك بيتا بخلاف ما اذا قال ان بعثت ثوبا بالاك حيث يحنث اذا باع ثوبا بملوكه سواء كان بآذنه أو بغير آذنه لان الخلاف عليه يوجد مع أمره وعدم أمره وهو بيع ثوب مختص بالخطاب لان اللام هنا أقرب الى الاسم الذي هو الثوب منه للفعل والقرب من أسباب الترجيح فيوجب اضافتها الثوب الى مدخولها على ما سبق ومثله ما لو وليت فعلا لا تجرى فيه النيابة مثل الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلو قال ان اكلت لك طعاما أو طعمت لك أو شربت لك شرابا أو شربا بالاك أو ضربت لك غلاما أو غلاما لك أو دخلت لك دارا أو دارا لك فانه يحنث بدخول دار يختص بها الخطاب أي تنسب اليه وكل طعام يملكه سواء كان بأمره أو بغيره أو دونهم ما نذكر ظهور الدين أن المراد بالسلام الولد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فكان كالاجارة قال تعالى وبشروه بغلام عليم وقال قاضيخان المراد به العبد المعروف ولان الضرب مالا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب مالا يملك فانصرف اللام الى ما يملك لا الى ما لا يملك (قوله ومن قال هذا العبد حران بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع و) الفرض أن (الملك فيه قائم) لان خيار البائع لا يوجب خروج البيع من ملك البائع (فينزل الجزاء) لوجود المحل ولو باعه بغير فاسد اذ كان العبد في يد المشتري مضمونا عليه

العتق يحنط في تعجيله وهو ممكن بابقاعه في الحال بنسخ الخيار فلا يؤثر الى مضي مدة الخيار وطواب ههنا فرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبينها والخيار للبائع فانه قد اشترته ولم يعتق عليه وفرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا اشترى الرجل قريبا بشرط الخيار له

(قوله قيل لو كان البيع الى آخر قوله) وأجيب بان جواز البيع ليس من المنافي أقول وقد بقر هذا السؤال والجواب هكذا فان قيل هذا البيع لم يفد حكمه ومع ذلك اعتبر لنزول الجزاء والنكاح الفاسد لم يفد حكمه ومع ذلك لم يعتبر ولم يحنث به اذا علق به العتق قيل جواز البيع باعتبار المالية وليس في المالية معنى ينبوع قبول حكم الايجاب والقبول وجواز النكاح باعتبار الانسانية لا يرى أنه يختص بيني آدم وفيها ما ينبوع قبول حكم الايجاب والقبول لانها تقتضي الحرية والنكاح رفق فلا يحنث الا اذا كان صحيحا كذا في الفوائد الطهيرية

فانه لا يعتق عليه ما لم يسقط الخيار عند أبي حنيفة رحمه الله وفرق بين الاولين بان الخيار اذا كان للشري يتمكن من اسقاطه ومتى كان الخيار للبائع لا يتمكن من اسقاطه وبين الثابنتين بان شراء القريب لم يوجد فيه كلمة الاعتاق بعد الشراء حتى يسقط به الخيار فلا يعتق عليه ما لم يسقطه وأما في الايجاب (٨٨) المعلق فانه يصير فائلا عند وجود الشرط أنت حرف يسقط الخيار ضرورة لوجود

ما يختص بالملك ووضع
المسئلة في البيع بشرط
الخيار فيفسد أن البيع اذا
كان بائنا لا يعتق وان وجد
البيع بناء على ان العلة مع
المعلول في الوجود الخارجي
فكأن البيع زال العبد عن
ملكه والجزء لا ينزل في غير
الملك بخلاف ما فيه الشرط
فان ما يتعاقبان فيه (ومن
قال ان لم أبيع هذا العبد أو
هذه الامة فامرأته طالق
فاعتق أو دبر طلقت امرأته
لان الشرط قد تحقق وهو
عدم البيع لفوات محلبة
البيع) وهذا في اعتاق العبد
ظاهر وأما في التدبير
والامة فلا بد من بيان لأن
المدير يجوز بيعه اذا قضى
القاضي بجواز بيعه والامة
يجوز أن ترتد فتسبي بعد
الحاق بدار الحرب وذلك
أن الكلام في المدير مادام
مديرا واذا قضى القاضي
بجواز بيعه يفسخ التدبير
ويكون البيع حينئذ بيع
القن لا بيع المدير وفوات
المحلبة انما كان باعتبار
بقاء التدبير وهذا كما ترى
غير مختص لانه يفيد أن
فوات المحلبة ببقاء التدبير
والمدبر قد يزول فلا تقوت

(وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشترته على أنه بالخيار عتق) أيضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على أصلهما ظاهر وكذا على أصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق ثبتت الملك سابقا عليه فكذا هذا (ومن قال ان لم أبيع هذا العبد أو هذه الامة فامرأته طالق فاعتق أو دبر طلقت امرأته) لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلبة البيع

بأن كان غصبه لا يعتق كما في البيع الصحيح البات لانه كأن البيع يزول العبد عن ملكه الى المشتري فيل وهذه تدل على أن المعلول مع العلة في الخارج وعقيب الشرط فان البيع كما هو علة للملك هو شرط لثبوت العتق لذلك العبد فكان المعلول وهو الملك أسرع ثبوتاً من المشروط الذي هو العتق حيث وجد ملك المشتري قبل وجود العتق ويمكن أن يقال بل انما قارن الاعتاق زوال الملك فلم ينزل العتق لانه بعده فلم يصادف الملك وتقدم مثل هذا للمصنف فتذكره وهذا على أن المعلول عقيب العلة كما هو رأي المصنف فعرف به هذا وجه تقييد المسئلة بكون البيع بشرط الخيار لانه لو قال ان بعث هذا العبد فهو حر فباعه بعبارة لا يعتق (قوله) وكذلك ان قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشترته على أنه بالخيار (يعني للشري يعتق أيضا) أما اذا اشترته شراء فاسداً بائناً فان كان في يده مضموناً بان كان غصبه عتق لانه صار معتقاً ملك نفسه ولو كان شراء صحيحاً بائناً عتق بطريق الاولى لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه أما على قوله ما فظاهر وأما على قول أبي حنيفة فلأن العتق الواقع في هذا العبد بسبب تعليق هذا المشتري والمعلق بالشرط كالمنجز عنده وهو لو اشترته بشرط الخيار وأعتقه قبل اسقاط الخيار يعتق وثبت الملك سابقاً له شرطاً اقتضاه بما فكذا هذا وأورد طلب الفرق بين هذا البيع وبين النكاح الفاسد على قول أبي حنيفة حيث لا يقع به العتق فيما اذا قال ان تزوجت فعبدى حر فتزوج نكاحاً فاسداً مع أن كلا منهما مالا يفسد الملك وأجيب بأن البيع وان لم يستعقب الملك فهو بيع تام على وفق الدليل وهو الايجاب والقبول في محله فكان وجوده وجود الشرط بخلاف النكاح فانه اذا صح كان على خلاف الدليل اذا الحرية تنق ورود الملك فكيف اذا كان الملك فاسداً فلا يحكم بأنه الشرط الا اذا صح ويمكن أن يقال لا ورود له هذا السؤال فان هذا البيع وان كان بشرط الخيار للشري فانه يعتق بالملك بسبب خاص فيه وهو تعليقه السابق عتق من يشتره فانه يلزم أن ينزل العتق عند الشراء لانه الشرط ويستلزم سبق الملك اقتضاه ومثله لا يتصور في النكاح وأورد منع كون المعلق كالمنجز لان المنجز لم يثبت عند الخيار والحكم يتقدمه بلفظ والمعلق لا يلزم الغاؤه لان الملك يثبت بعد مضي مدة الخيار فينزل اذا ذلك ولا يلفظ وأجيب لما أمكن أن يجري فيه ما يجري في المنجز والعتق محتاط في اثباته وجب اعتباره اذا ذلك والا جاز أن يفسخ قبل المدة فلا يعتق بخلاف ما اذا اشترى أباه بشرط الخيار لا يعتق الا أن تمضي المدة عند أبي حنيفة لعدم الملك فانه لم يوجد منه نكاح بالاعتاق بعد الشراء بشرط الخيار حتى يسقط خياره وانما يعتق على القريب بحكم الملك ولا ملك للشري بالخيار والشارع انما علق عتقه في قوله من ملك ذارحم بالملك لا بالشراء أما هنا فالايجاب المعلق صار منجزاً عند الشرط وصار فائلاً أنت حرف يفسخ الخيار ضرورة (قوله) ومن قال ان لم أبيع هذا العبد أو هذه الامة فامرأته طالق فاعتق أو دبر (تدبيراً مطلقاً) (طلقت لان الشرط) وهو عدم بيعه (قد تحقق) بوقوع اليأس عنه بفوات المحلبة بالعتق والتدبير

فصار

المحلبة فكان الواجب أن لا يقع الطلاق والاولى في البيان أن يقال بيع المدير لا يجوز فالظاهر أن المسلم لا يقدم عليه فان أقدم فالظاهر أن القاضي لا يقدم على القضاء بما لا يجوز ومع ذلك فالاصل عدم ما يحدث فكان عدم فوات المحلبة بناء على جواز القضاء ببيعه مخالفاً للظاهر من كل وجه فلا يكون معتبراً وأما الامة فان من مشايخنا من قال لا تطلق امرأته في التعليق بعدم بيعها باعتبار هذا الاحتمال والعصم أنها تطلق لانه انما عقد عيने على البيع باعتبار هذا الملك

(واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأه طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفت في القضاء) وعن أبي يوسف أنها لا تطلق لأنه أخرجه جوابا فينطبق عليه ولأن غرضه إرضاءها وهو بطلاق غيره ما يقتضيه وجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا وقد يكون غرضه إباحاشها حين اعترضت عليه فيما أحله الشرع ومع التردد لا يصلح مقبدا وإن نوى غيرها بصدق ديانة لأقضاء لأنه تخصيص العام

وقد انتهى ذلك الملك
بالاعتناق والتدبير وقوله
(ولو قالت المرأة لزوجها)
ظاهر وقوله (لأنه زاد على
حرف الجواب) أي أصله
لأنه لو أراد الجواب المطابق
لقال ان فعلت فهي طالق
فلما ذكر كلمة كل دل على أن
مراده العموم فيعمل بعموم
اللفظ دون خصوص السبب
فكان مبتدئا وقوله (وقد
يكون غرضه إباحاشها)
جواب عن قوله بأن الغرض
إرضاءها

(قوله وقد انتهى ذلك الملك
بالاعتناق والتدبير) أقول
فيه بحث فإن الملك كمل في
المدير كما في الباب السابق
والأظهر أن يقول ولا
يمكن البيع بعد الاعتناق
والتدبير

فصار كما لو علق طلاقها بعد عدمه بلفظ ان فوات أومات العبد فانها تطلق لوقوع اليأس وأورد عليه منع وقوع اليأس في العتق مطلقا بل في العبد أما في الأمة جاز أن ترتد بعد العتق فتسبي فيملكها هذا الخالف فيعتقها وفي التدبير مطلقا لجواز أن يقضى القاضي ببيع المدبر وأجيب بأن من المشايخ من قال لا تطلق لهذا الاحتمال والصحيح أنها تطلق لأن ما فرض من الأمور الموهومة الوقوع فلا يعتبر ولأن الحلف على بيع هذا الملك لا كل ملك وأجيب أيضا عن المدبر بأن بيعه يبيع فن لا يفسخ التدبير بالقضاء فيعتق ولا فرق بين كون العبد ذميا أو مسلما ويجرى فيه اختلاف المشايخ والتصحيح (قوله) وإذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأه طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفت في القضاء) وإن قال نويت غيرها صدق فيما بينه وبين الله تعالى وتطلق في القضاء وهذه مسألة الجامع الصغير ولم يحكم خلافا وذكروا عن أبي يوسف في شروح الجامع الصغير أنها لا تطلق واختاره شمس الأئمة وكثير من المشايخ لأن الكلام خرج جوابا فينطبق على السؤال فكان أنه قال كل امرأه طالق غيرك طالق دلالة (ولأن غرضه إرضاءها) لا إباحاشها وجه ظاهر الرواية أن اللفظ عام ولا يخص متيقن لأنه إن كان فهو غرض إرضائها وجزاز كون غرضه إباحاشها لا اعتراضها عليه فيما أحل الله له فكان محتملا لكل من الأمرين فالحكم بعمومين تحكم ولأنه زاد على قدر الجواب إذ يكفيه أن يقول ان كنت فعلت ذلك فهي طالق فلما لم يقتصر جعل مبتدئا تحذرا عن الإلغاء والله أعلم (فروع) قال في البك حاجة أنه قضى إلى فقال نعم وحلف على ذلك بالطلاق والعتاق فقال حاجتي أن تطلق زوجتك ثلاثا لأنه أن لا يصدق له لأنه متمم ولو حلف ليطيعه في كل ما يأمر به وينهاه عنه ثم نهاه عن جماع امرأته فجامعها الخالف لا يحنث إلا إذا كان ما يدل على قصده إلى ذلك عند تخليفه على الطاعة لأن الناس لا يريدون به النهي عن جماع المرأة عادة كما لا يريدون به النهي عن الكل والشرب * حلف لا يطلق امرأته فكل طلاق يضاف إليه يحنث به حتى لو وقع عليها طلاق بمضى مدة الإيلاء يحنث لا بما لا يضاف إليه فلا يحنث بتفريق القاضي للعنة واللعان ولا بأجازة خلع الفضولي بالفعل ويحنث لو أجازة بالقول * قال امرأته طالق ثلاثا إن دخلت الدار اليوم فشهد شاهدان أنه دخلها اليوم فقال عبده حران كأن أرايتي دخلت لم يعتق عبده بقوله - مارأيتي ما دخل حتى يشهد آخرا غيرهما أن الأولين رأياه دخل * ادعت أنها امرأته فخلف بطلاق زوجته أخرى له ما هي امرأته فأقامت بينة أنها امرأته فقال كانت امرأتى فطلقتها قال لا يحنث * حلف ماله عليه شيء فشهد أن له عليه ألفا وقضى بها القاضي يحنث في قول أبي يوسف خلافا للحمد حتى لو كان الحلف بطلاق فترق بينهما عند أبي يوسف خلافا له بخلاف ما لو شهد أنه أقرضه ألفا والمسئلة بمجالها لا يحنث في قولهما * حلف بطلاق ولا يدري حلف بواحدة أو أكثر يتحرى ويعمل بما يقع عليه التحرى فان استوى ظنه بأخذ بالأكثرا احتياطا * قال عمرة طالق الساعة أوزينب ان دخلت الدار لم يقع الطلاق على أحدهما حتى تدخل الدار فإذا دخلت أحدهما خيرا في إيقاعه على أيهما شاء * ولو اتهمت امرأة بالسرقه فأمرت زوجها أن يحلف بطلانها لم تسرق فخلف فقالت قد كنت سرق فلزوج أن لا يصدقها لأنها صارت متناقضة * حلف ان لم يجمع امرأته ألف مرة فهي طالق قالوا هذا على المبالغة ولا تقدير فيه والسبعون كثير * حلف لا يكلم ابن فلان وليس لفلان ابن فولد له ابن فكلمه

باب البمين في الحج والصلاة والصوم

قدم هذا الباب على باب اللبس وغيره لان في هذا ذكر العبادات وذكرا مقدم على غيرها وانما تأخر عما تقدم لكثرة وقوع ذلك ومساائل هذا الفصل على ثلاثة أوجه في وجه يلزمه إما حجة أو عمرة في قولهم جميعا وفي وجه لا يلزمه شيء كذلك وفي وجه اختلفوا فيه أما الوجه الاول ففيما اذا قال على المشي الى بيت الله أو الى الكعبة أو الى مكة وفي رواية النوادر أو الى بكة سواء كان في الكعبة أو في مكة أو لم يكن لزمه حجة أو عمرة ماشيا فان لم يكن بمكة فظاهر وان كان بها واختار الحج يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا فان ركب لزمه شاة وان اختار العمرة خرج الى التنعيم ويحرم بالعمرة ولم يذكر محمد أنه يخرج الى التنعيم ماشيا أو راكبا وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم جازله أن يركب وقت الرواح الى التنعيم لان الرواح اليه ليس بمشي الى بيت الله وانما المشي اليه وقت الرجوع وقال بعضهم بمشي وقت الرواح أيضا لان الرواح اليه للأحرام فكان مشيا الى بيت الله والقياس أن لا يلزمه بهذا النذر شيء (لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة) لان المشي أمر مباح (ولا مقصودة في الاصل) يعني لذاته لان المقصود منه شيء آخر لان نفسه فكان القياس أن يكون النذرية باطلا لكن تركا بالاثروا العرف * أما الاثر فاقال محمد في الاصل بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال من جعل على نفسه الحج ماشيا حجرا بكاو ذبح شاة لركوبه كذا في بعض الشروح وليس بمطابق لما (٩٠) فمن فيه لجواز أن يكون ذلك فحين جعل على نفسه الحج ماشيا بغير هذا اللفظ وليس

الكلام فيه وقال آخرون روى عن علي رضي الله عنه أنه أجاب في هذه المسئلة بان عليه حجة أو عمرة وهذا مطابق وقد روى شيخي في شرحه ان أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي الى بيت الله تعالى فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تحرم بحجة أو عمرة * وأما العرف فما ذكره في الكتاب أن الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال على زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان

باب البمين في الحج والصلاة والصوم

(ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها على المشي الى بيت الله تعالى أو الى الكعبة فعليه حجة أو عمرة ماشيا وان شاء ركب وأهراق دما) وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل ومذهبا ما تورع عن علي رضي الله عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال على زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب وأهراق دما وقد ذكرناه في المناسك

يبحث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يبحث في قول محمد والاصل أنه يعتبر وجود الولد وقت البمين وهما يعتبرانه وقت التكلم والله أعلم

باب البمين في الحج والصلاة والصوم

قدمها بعدما تقدم لانها عبادات فتترجح في نفسها فيقتضي ذلك أن تقدم إلا أن يعرض ما يوجب تقديم غيرها من كثرة الوقوع المقتضية لأهمية التقديم (قوله ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها على المشي الى بيت الله أو الى الكعبة) وكذا على المشي الى مكة أو بكة بالباه (فعليه حجة أو عمرة ماشيا وان شاء ركب وأهراق دما) والتقيد بكونه في الكعبة مذكور في الجامع الصغير ليفيد أن وجوب

ركب وأهراق دما فله ذلك على ما ذكره في المناسك واجباب الحج أو العمرة بهذا النذر بطريق المجاز من باب ذكر السبب أحد وإرادة السبب ولهذا لم يفرق بين أن يكون الناذر في الكعبة أو في غيرها فان قيل فاذا كان هذا اللفظ استعارة لا التزام الحج كان اللفظ غير منظور اليه كما لو نذر أن يضرب بشيء عظيم الكعبة فينشد ينفي أن لا يلزمه المشي في طريق الحج كما لا يلزمه هناك ضرب الحطيم ثوبه وانما يجب إهداء الثوب الى مكة لكون اللفظ عبارة عنه أوجب بان الحج ماشيا فضيلة ليست له را كما قال صلى الله عليه وسلم من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قبل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبب ما فاعتبر لفظه لا يجاب المشي لا حراز تلك الفضيلة ومعناه في ايجاب الحج أو العمرة لاجتماعهم على ذلك المتعارف وفيه نظر لانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز

باب البمين في الحج والصلاة والصوم

(قال المصنف وفي القياس لا يلزمه الى قوله في الاصل) أقول فان قيل يشكل هذا بالا اعتكاف فقد صح النذرية وان لم يكن واجب من جنسه قصدا قلنا الاعتكاف لا يصح إلا بالصوم والصوم من جنس القرب المقصودة فان قيل الاعتكاف يصح في الليل وان كان الصوم لا يصح فيه قلنا صحة الاعتكاف في الليل تتبع لصحة الاعتكاف في اليوم ولهذا لو نذر الاعتكاف في الليل منفردا عن اليوم لا يصح وفي فصل القضاء بالمواريث من شروح الهداية كلام متعلق بالا اعتكاف فراجع (قوله وفيه نظر لانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول والذي يعلم من كلام الكافي أن اللفظ كناية لا مجاز فلا يلزم الجمع بينهما

(ولو قال على الخروج أو الذهاب إلى بيت الله تعالى فلا شيء عليه) لأن التزام الحج أو العمرة بهذا اللفظ غير متعارف (ولو قال على المشي إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة فلا شيء عليه) وهذا عند أبي حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد في قوله على المشي إلى الحرم حجة أو عمرة) ولو قال إلى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما أن الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لأنهما منفصلان عنه وله أن التزام الأحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن إيجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلا

أحد التمسكين بهذه العبارة ليس باعتبار أنه مدلول اللفظ والإلغائه لا يلتزم المشي إليه فإذا كان فيه استحصال السبب لحصوله والحق أن يقال ليس باعتبار أنه مدلول اللفظ لأن الواقع أن مدلول المشي ليس هو الحج أو العمرة بل ولا يستلزمه لجواز أن يمشي إلى البيت ولا يفعل نسكاً إلا ابتداء معصية وإما بأن يتصدد مكاناً في الحل داخل المواقيت ليس غير فإذا وصل إليه صار حكمه حكم أهله وله بعد ذلك أن يدخل مكة والبيت بالأحرام وهذا لأن من الجائز أن يكون في البيت ويوجب المشي إليه مرة أخرى فيلزمه إذا خرج أن يعود كما لو كان في بيت فقال والله لأدخلن هذا البيت فإن عليه أن يخرج ثم يدخل مرة ثانية ولا باعتبار الحكم بذلك مجازاً باعتبار أنه سبب الأحرام صونه عن اللغو لأنه ليس لازماً له لجواز أن يقصد بسيره مكاناً داخل المواقيت ليس غير كما ذكرنا ولا بالنظر إلى الغالب وهو أن الذهاب إلى هناك يكون لقصد الأحرام لم يعرف من الغناء اللفظ وهي ما إذا نذر الذهاب إلى مكة كأن قال على الذهاب أو لله على الذهاب إلى مكة أو السفر إليها أو الركوب إليها أو المسير أو المضى أنه لا يلزمه شيء مع إمكان أن يحكم بذلك فيها صونا عن اللغو بل لأنه تعورف إيجاب أحد التمسكين به فصار فيه مجاز الغويا حقيقة عرفية مثل ما لو قال على حجة أو عمرة أو الألفاق قياس كما ذكره المصنف أن لا يجب بهذا شيء لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة وهو المشي ولا مقصودة في الأصل ولو قيل بل هي واجبة فإن المكي إذا قدر على المشي يلزمه الحج ماشياً أوجب بان الشرط للزوم النذر على ما قدمناه بعد كونه من جنسه واجب أن يكون مقصوداً لنفسه لا غيره حتى لا يلزمه النذر بالوضوء لكل صلاة والمشى المذكور وكذا السعي إلى الجمعة كذلك لمن لا يملك مركباً أو يقدر على المشي إلا أنه قد يعكر عليه الطواف فإنه واجب مقصود لنفسه لا شرط غيره إلا أن يراعى جنس المشي إلى مكة وأورد أن الاعتكاف يلزم بالنذر وليس من جنسه واجب أوجب بأن من شرطه الصوم ومن جنسه واجب وتوجيهه أن إيجاب المشروط إيجاب الشرط ولا خفاء في بعده فإن وجوب الصوم فرع وجوب الاعتكاف بالنذر والكلام الآن في صحة وجوب المتبوع فكيف يستدل على لزومه بلزومه الشرط فرع لزوم المشروط وإن استدل بالاجتماع أو النص المتقدم في حديث نذر عمر رضي الله عنه الاعتكاف في الجاهلية فهم لا يقولون بهذا الحديث بل يصرفونه عن ظاهره لأنهم والشافعي لا يصحون نذر الكافر ثم قد يقال تحقق الاجماع على لزوم الاعتكاف بالنذر بوجوب اشتراط وجود واجب من جنسه وإذا تعارفوا لا إيجاب صار كقوله على زيارة البيت ماشياً فإنه موجب لذلك ولو أراد بيت الله بعض المساجد لم يلزمه شيء وكذا لا يلزمه بقوله على المشي إلى بيت المقدس أو مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم شيء وأورد أنه إذا كان كقوله على حجة أو عمرة ينبغي أن لا يلزمه المشي لأنه لو قال على الحج لا يلزمه والجواب أن الحق أن التقدير على حجة أو عمرة ماشياً لأن المشي لم يمدد باعتباره شرعاً فإنه روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلى البيت فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تترك وتهدى هديارواه أبو داود وغيره وسنده حجة وما في صحيح مسلم أنه قال تمشي وتترك فمحمول إما على ذكر بعض المروي وعلى هذا اقتصرنا في كتاب الحج يعني أن محل الأشكال جواز تركها ولو أهدت كالأوندر الصوم بصفة التابع ليس له أن يفرق

والأولى أن يقال هذه اللفظة في العرف تستعمل للحج أو العمرة ماشياً لأن الحقيقة مرادة بلفظه ومجازها بمعناه وأما الوجه الثاني ففيها إذا قال على الخروج أو الذهاب أو السعي أو السفر أو الركوب أو الاتيان إلى بيت الله أو المشي إلى الصفا والمروة لم يلزمه شيء لعدم الاثر والعرف فيه فكان باقياً على القياس وأما الوجه الثالث ففيها إذا قال على المشي إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا شيء عليه كما لو قال على المشي إلى الصفا والمروة وقال أبو يوسف ومحمد يلزمه حجة أو عمرة لأن الحرم شامل للبيت (وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لأنهما منفصلان عنه وله أن التزام الأحرام بهذه العبارة غير متعارف) حتى يصير مجازاً (ولا يمكن إيجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلاً)

(ومن قال عبدى حران لم أجد العام وقال حجبت وشهد شاهدان أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد بن قيس) لأن هذه شهادة قامت على أمر معلوم وهو التضيعة

ويتصدق بل لو فرض لزوم استثنائه فاقصر الراوى على ذلك ليقيد دفع ذلك وعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر ومحمول على حالة الجهد فان في بعض طرقه وانما لا تطبق ذلك ثم يعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر وقد ذكرنا بينه هنا لذيلا طويلا وفروا جنة وان الرابع أنه يلزمه المشى من بيته لا من حيث يحرم فيه من الميقات يعني فالخلاف فيما إذا لم يحرم منه هل يلزمه المشى منه أو من حيث يحرم فيه من الميقات أما لو أحرم من بيته لزمه المشى منه بالاتفاق (و) واعلم أن في بعض طرق حديث أخت عقبة قال ولتم بدنة لكنهم عملوا باطلاق الهدى في الحديث الآخر الثابت في الصحيحين وأخرج الحاكم في المستدرک من حديث عمران بن الحصين قال ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة إلا أمرنا بالصدقة ونهانا عن المشقة وقال أن من المشقة أن يندثر الرجل أن يحج ماشيا فمن نذر أن يحج ماشيا فليهد هديا وليركب وقال صحيح الاسناد ولم يجز جاء لكن حمل المطلق على المقيد اذا كانا في واحدة واحدة واجب فوجب البدنة ثم المصنف ذكر هذا المذهب عن علي رضي الله عنه والروى عن علي من طريق الشافعي عن ابن عليه عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن علي في الرجل يحلف على المشى قال عيسى فان عجز ركب وأهدى بدنة ورواه عبد الرزاق عن علي بسند صحيح فبين نذر أن يمشى الى البيت قال عيسى فاذا أعبا ركب وأهدى جزورا وأخرج نحوه عن ابن عمرو بن عباس وقتادة والحسن وأما ورود البدنة في خصوص حديث أخت عقبة بن عامر فأسند أبو يعلى في مسنده حديثا زهير بن حذافا حدث ابن عبد الوارث حدثناهم ما حدثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية فسأل النبي صلى الله عليه وسلم عنها فقال إن الله عز وجل غنى عن نذر أختك لتركب ولتهد بدنة وأما اذا كان الناذر بمكة وأراد أن يجعل الاحد الذي لزمه حقا فانه يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا الى أن يطوف طواف الزيارة كغيره وان أراد اسقاطه بعمره فعليه أن يخرج الى الحل فيحرم منه وانما اختلفوا في أنه يلزمه المشى في ذهابه الى الحل أولا يلزمه إلا بعد رجوعه منه محرما والوجه يقتضي أنه يلزمه المشى لما قدمناه في الحج من أنه يلزمه المشى من بلدته مع أنه ليس محرما منها بل هو ذاهب الى محل الاحرام ليجرم منه أعني المواقف في الاصح لما قدمنا عن أبي حنيفة لو أن بغداديا قال ان كنت فلانا فعلى أن أجد ماشيا فليقبله بالكوفة فكله فعليه أن يمشى من بغداد ولو قال على السفر الى بيت الله فقد علمت أنه لا يلزمه شيء مع أخوانه ومثله الشد والهرولة والسعى الى مكة وكذا على المشى الى أستار الكعبة أو باب الكعبة أو مزابها أو أسطوانة البيت أو الصفا والمروة أو الى عرفات ومن دلفه لا يلزمه شيء واختلفوا فيما إذا قال الله على المشى الى الحرم أو الى المسجد الحرام قال أبو حنيفة لا يلزمه شيء وقال أصحابه يلزمه أحد النسكين والوجه في ذلك أن يحمل على أنه تعورف بعد أبي حنيفة إيجاب النسك بهما فقالا به كما تعورف بالمشى الى الكعبة ويرتفع الخلاف والا فالوجه الذي ذكرهما (١) متضائل وهو أن الحرم والمسجد الحرام يشتمل على الكعبة فذكر المشتمل ذكر المشمول وهو الكعبة ولو صرح بقوله الله على المشى الى الكعبة لزمه فكذا ذكر المشتمل لأن إيجاب اللفظ لتعارف عنده فيه وليس عين المشى الى الحرم عينه وهو وجه أبي حنيفة (قوله) ومن قال عبدى حران لم أجد العام فقال بعد انقضائه حجبت وأقام العبد شاهدين على أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده عند أبي حنيفة وأبي يوسف (ولم يذكر قول أبي يوسف مع أبي حنيفة في الجامع الصغير قاله صاحب المختلف وكذا لم يذكره الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير) وقال محمد بن قيس لأن هذه شهادة قامت على أمر مشاهد وهو التضيعة

(ومن قال عبدى حران لم أجد العام) ظاهر

(١) متضائل أى متضاغر من الضالة وهى الضافة وفي بعض النسخ ليس بقوى متضائل ولعلهما نسختان جمع الناسخ بينهما اهـ

وقوله (لكن لا يميز بين نقي ونقي تسيرا) فوفق بمسئلة السير الكبير وجلان شهدا على رجل أقام عنده يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى فبانت منه امرأته والرجل يقول وصلت بقولي قول النصارى جازت هذه الشهادة وان قامت على النقي لأنها قامت على نقي شيء أحاط به علم الشاهد وأجاب الامام قاضيان بان هذه الشهادة شهادة قامت على (٩٣) أمر وجودي وهو سكوت الزوج

عقب قوله المسيح ابن الله ولكن قال الامامان العلمان في التحقيق شمس الاثمة ونحر الاسلام اذا قال الشاهدان الزوج لم يقل هذه الزيادة قبلت الشهادة لان قولهما هذا بيان منهما لاحاطة علمهما بذلك فكان التمييز بين نقي ونقي معتبرا ولكنه ليس مختارا للمصنف لا قضاؤه الى الحرج قوله (ومن حلف لا يصوم) ظاهر

(قوله جازت هذه الشهادة وان قامت على النقي الخ) أقول في الكافي فان قيل ذكر في المبسوط أن الشهادة على النقي تسمع في الشروط ولهذا الوفا لعبدته ان لم أدخل الدار لعبدته ان لم أدخل الدار اليوم فانت حرق شهده أنه لم يدخل الدار اليوم تقبل شهادتهما ويقضى بعقده وما نحن فيه من قبيل الشروط قلناه وعبارة عن أمر ثابت معين وهو كونه خارج الداراه وهو مخالف لما تقدم من أن النحر وان كان ثبوتيا لكنه لا يدخل تحت القضاء ولم يكن معتبرا بقي النقي مقصودا كما لا يخفى فان كونه خارج الدار لا يدخل تحت القضاء أيضا

ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النقي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهد وأنه لم يحج العام غايه الامر أن هذا النقي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نقي ونقي تسيرا (ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم أفطر من يومه حنث) لوجود الشرط اذا الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب (ولو حلف لا يصوم يوما أو صوما فصام ساعة ثم أفطر لا يحنث)

وكيف لا يقبل (ومن ضرورته انتفاء الحج) ذلك العام (فيتحقق الشرط) فيعتق (ولهما انها قامت على النقي) معنى (لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية) فان الشهادة على التضحية غير مقبولة لان المدعي وهو العبد لا حقه فيه ما يطلبه لان العتق لم يعلق بها وما لا مطالب له لا يدخل تحت القضاء واذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت في الحاصل على نقي الحج مقصودا والشهادة على النقي باطلة فان قيل لان سلم أنهم مطلقا باطلة بل النقي اذا كان مما يعلم ويحيط به الشاهد صحت الشهادة عليه فانه ذكر في السير الكبير شهدا على رجل أنه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى والرجل يقول وصلت به ذلك قبلت هذه الشهادة وبانت امرأته لاحاطة علم الشاهد به أجاب المصنف بقوله (غايه الامر أن هذا نقي يحيط به علم الشاهد لكنه لا يميز بين نقي ونقي) في عدم القبول بان يقال النقي اذا كان كذا صحت الشهادة به وان كان كذا لا تصح (تسيرا) ودفع اللجاج اللازم في تمييز نقي من نقي وأما مسئلة السير فالقبول باعتبار انها شهادة على السكوت الذي هو أمر وجودي وصار كشهود الارث اذا قالوا ان شهدا أنه وارثه لانعلم له وارثا غير محبث يعطى له كل التركة لانها شهادة على الارث والنقي في ضمنه والارث مما يدخل تحت القضاء فاما النحر وان كان وجوديا ونقي الحج في ضمنه لكنه لا يدخل تحت القضاء كما ذكر فكانت الشهادة كعدمها في حقه فبقى النقي هو المقصود بها وأما ما في المبسوط من أن الشهادة على النقي تقبل في الشروط حتى لو قال لعبدته ان لم تدخل الدار اليوم فانت حرق شهده أنه لم يدخلها قبلت ويقضى بعقده وما نحن فيه من قبيل الشروط فأجيب عنه بانها قامت بأمر ثابت معين وهو كونه خارجا فثبتت النقي ضمنا ولا يخفى انه يرد عليه ان العبد كما لا حقه في التضحية اذ لم تكن هي شرط العتق فلم تصح الشهادة بها كذلك لا حقه في الخروج لانه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج في مسئلتنا فلما كان المشهود به مما هو وجودي متضمن للمدعي به من النقي المجعول شرط اقبلت الشهادة عليه وان كان غير مدعي به اتضمنه المدعي به كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنقي المدعي به فقول محمد أوجه (قوله ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وأمسك ساعة ثم أفطر من يومه حنث لوجود الشرط) وهو الصوم الشرعي (انه هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب) وقد وجد عام حقيقته وما زاد على أدنى امساك في وقته تكرار للشرط ولان بمجرد الشروع في الفعل اذا تمت حقيقته يسمى فاعلا ولذا أنزل ابراهيم صلى الله عليه وسلم ذابح حيث أمر السكين في محل الذبح فقبل له قد صدقت الرؤيا بخلاف ما اذا كانت حقيقته تتوقف على أفعال مختلفة كانه صلاة فلذا قال فيمن حلف لا يصلي انه اذا قام وقرأ أو ركع أو سجده حنث اذا قطع فلو قطع بعد الركوع لا يحنث لانه لم يدخل في الوجود تمام حقيقته (قوله ولو حلف لا يصوم يوما أو صوما لم يحنث بصوم ساعة) بل باتمام اليوم أما في يومه فظاهر وكذا في صوما لانه مطلق فينصرف الى الكامل

(قوله وأجاب الامام قاضيان الخ) أقول ان كان قوله لانها قامت على نقي شيء الخ من كور في السير الكبير لا يستقيم جواب قاضيان (قوله وهو سكوت الزوج) أقول في كون السكوت وجوديا بحث قال في شرح العقائد السكوت هو ترك التكلم (قال المصنف اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب) أقول ان قلت المصدر من كور هنا أيضا قلت بلى لكن لغة لا شرعا وعند كور المصدر صريحا ينصرف الى الكامل وهو الصوم لغة وشرعا

لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بأنماؤه إلى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به (ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ أو ركع لم يحنت وان سجد مع ذلك ثم قطع حنت) والقياس أن يحنت بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة فيما يأت بجميعها لا يسمى صلاة بخلاف الصوم لأنه ركن واحد وهو الامسالة ويتكرر في الجزء الثاني

وهو المعتبر شرعا فلذا قلنا لو قال لله على صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالإجماع وكذا إذا قال على صلاة تجب ركعتان عندنا لا يقال المصدر مذكور بذكر الفعل فلا فرق بين حلفه لا يصوم ولا يصوم صوما فينبغي أن لا يحنت في الأول اليوم لأننا نقول الثابت في ضمن الفعل ضروري لا يظهر أثره في غير تحقيق الفعل بخلاف الصريح فإنه اختياري يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال وقد أورد عليه ما لو قال لأصوم من هذا اليوم وكان بعد أن أكل أو بعد الزوال أو قال لا مراة أن لم تصلي اليوم فأنت طالق فخاضت من ساعتها أو بعد ما صليت ركعة صحت اليمين وطلقت في الحال مع أنه مقرون بذكر اليوم ولا كمال وأجيب بأن اليمين تعتمد التصور والصوم بعد الزوال والاصل كل متصور كافي صورة الناسي وكذا الصلاة من الحائض لأن درور الدم لا يمنع كافي المستحاضة إلا أنها لم تشرع مع دروره حيز ففات شرط أدائه بخلاف مسألة الكوز لأن محل الفعل وهو الما غير قائم أصلا فلا يتصور بوجه وهاتان المسئلتان انما تصلمان مبتدأتين لا موردتين لأن كلامنا كان في المطلق وهو لفظ يوما ولفظ هذا اليوم ليس من قبيل المطلق لأنه مقيد معرف والمطلقات هي السكرات وهي أسماء الاجناس والافز يدوعر ومطلق ولا يقول به أحد والمسئلتان مشكلتان على قول أبي حنيفة ومحمد لأن التصور شرعا منتف وكونه ممكنا في صورة أخرى وهي صورة التسيان والاستحاضة لا يفيد فإنه حيث كان في صورة الحلف مستحيلا شرعا لم يتصور الفعل المحلوف عليه لأنه لم يحلف الا على الصوم والصلاة الشرعيين أما على قول أبي يوسف فظاهر أنهم ما منعوا أن يحنت (واعلم) ان التمر تاشي ذكر أنه لو حلف لا يصوم فهو على الجائر لأنه لا تعظيم الله تعالى وذلك لا يحصل بالفاسد الا اذا كانت اليمين في الماضي وظاهره بشكل على مسألة الكتاب فإنه حنته بعد ما قال ثم أفطر من يومه لكن مسألة الكتاب أصح لأنها نص محمد في الجامع الصغير (قوله ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ أو ركع ثم قطع لم يحنت والقياس) يعني على الصوم (أن يحنت بالافتتاح وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن أفعال مختلفة فيما يأت بها لا تسمى صلاة) يعني لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنفي بانتفاء الجزء (بخلاف الصوم لأنه ركن واحد وهو الامسالة ويتكرر بالجزء الثاني) ولذا قال الفقيه أبو الليث لا فرق بينهما في الحاصل لأن ما بعد صوم ساعة مكررا من جنس ما مضى فصار صوم ساعة كصلاة ركعة يعني لأنه يجتمع فيها تمام الحقيقة ثم قال المصنف (وان سجد مع ذلك) يعني الركوع وما قبله (ثم قطع حنت) وبشكل عليه ما ذكر التمر تاشي حلف لا يصلي يقع على الجائر كما تقدم فلا يحنت بالفاسد الا اذا كان اليمين في الماضي أي حلف ما صليت وكان قد صلى فاسدة لأن الصلاة الماضية يراد الخبر عنها لا التقرب بها وبصح الخبر عن الفاسدة اللهم إلا أن يراد بالفاسدة أن تكون بغير طهارة ويكون ما في الذخيرة بياناً له وهو قوله لو حلف لا يصلي فصلى صلاة فاسدة بأن صلى بغير طهارة من الصلاة لا يحنت استحسانا لأن مطلق الاسم ينصرف إلى الكمال وهو ما به حصول الثواب وسقوط الفرض قال ولو نوى الفاسدة صدق بياته وقضاء لأن الفاسدة صلاة صورة وإطلاق الاسم على صورته مجازا لا ينفذ نوى ما يحتمل لفظه وفيه تغليظ على نفسه ومع هذا يحنت بالصحة أيضا وليس في هذا الجمع بين الحقيقة والمجاز وانما طريقه أن في الصحيح ما في الفاسد وزيادة على شرط الحنت فلا يمنع الحنت ولو كان عقد يمينه على الماضي بأن قال ان كنت صليت فهي على الجائرة والفاسدة ثم فرق بين لا أصلي ولا أصلي صلاة حيث يحنت بركعة فقال وفي صورة حذف المفعول المتني فعل الصلاة

وقوله (لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا) أورد عليه ما لو قال والله لأصوم من هذا اليوم وكان ذلك بعدما أكل أو شرب أو بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق والصوم مقرون باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي فان الصوم الشرعي بعد الاكل أو الشرب أو بعد الزوال غير متصور والجواب أن الدلالة قامت على أن المراد به ليس الصوم الشرعي وهو كون اليمين بعد الاكل أو بعد الزوال فانصرف إلى الصوم اللغوي وانعقدت يمينه عليه بخلاف ما نحن فيه فإنه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعي فينصرف إليه وقوله (ولو حلف لا يصلي) ظاهر

(قوله أورد عليه ما لو قال والله لأصوم من الخ) أقول هذا لا يراد غير متوجه على هذا القول بل مورد قوله واليوم صريح في تقدير المدة إلا أن يقال المراد قوله لأنه يراد به الصوم المعتبر شرعا إلى آخر الكلام فليتأمل

(ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنت ما لم يصل ركعتين) لانه يراد به الصلاة المعبرة شرعا وأقلها ركعتان لله
عن البتراء

باب البين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

(ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدى فاشترى قطنا فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدى عند أبي
لا كون المفعول صلاة وذلك يحصل بالر كعة إلا أنه اذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلاة ولكن
بعد صحتها والانتقاض انما يظهر في حكم يقبل الانتقاض والحنث بعد تحققه لا يقبل الانتقاض
فظهر من كلامه هذا أن المراد من الفاسدة هي التي لم يوصف منها شيء بوصف الصحة في وقت بأن يكون
ابتداء الشروع غير صحيح وعليه يحمل ما أوردناه في الصوم ويرتفع الاشكال هناك أيضا وأورد أن
من أركان الصلاة القعدة وليست في الركعة الواحدة فيجب أن لا يحنت بها وأجيب بان القعدة موجودة
بعد رفع رأسه من السجدة وهذا أول ما ينبغي على توقف الحنث على الرفع منها وفيه خلاف المشايخ والحق
أنه يتفرع على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في ذلك ومرت المسئلة في سجود السهو والأوجه أن
لا يتوقف لتام حقيقة السجود بوضع بعض الوجه على الأرض ثم لو سلم فليست تلك القعدة هي الركن
والحق أن الأركان الحقيقية هي الخمسة والقعدة ركن زائد على ما تحرروا عما وجبت الختم فلا تعتبر ركناً في
حق الحنث (قوله ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنت ما لم يصل ركعتين لانه يراد بها الصلاة المعبرة شرعا)

على الوجه الذي قررناه في لا يصوم صوما (وأقل المعبر شرعا صلاة ركعتين لله عن البتراء) نهيا يمنع
الصحة لو فعلت ومن فروع هذه المسئلة ما في الذخيرة قال لعبد الله ان صليت ركعة فأنت حر فلي ركعة ثم
تكلم لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالر كعة الأولى لانه في الصورة الأولى ما صلى ركعة لأنها بتبراه بخلاف
الثانية وهذه المسئلة مذكورة في نوادر ابن جماعة عن أبي يوسف فقال بعض المتأخرين نين بهذه
أن المذكور في الجامع قول محمد يعني وحده وهو غير لازم فإن المذكور عن أبي يوسف حلف لا يصلي
ركعة وصلاة الركعة حقيقة دون مجرد الصورة لا يتحقق الا بضم أخرى إليها والمذكور في الجامع
حلف لا يصلي ولم يقل ركعة والبتراء تصغير البتراء تأنيث الابر وهو في الاصل مقطوع الذنب ثم صار
يقال للنقص وفي البيع يحنت بالفاسد بخلاف النكاح والفرق غير خاف ثم اذا حلف لا يصلي صلاة
فهل يتوقف حنثه على فعوده قدر الشهد بعد الركعتين اختلفوا فيه والظاهر أنه ان عقد عينه على مجرد
الفعل وهو اذا حلف لا يصلي صلاة يحنت قبل القعدة لما ذكرته وان عقدها على الفرض كصلاة الصبح
أوردتني الفجر ينبغي أن لا يحنت حتى يقعد فروع حلف لا يؤم أحدًا فلي جفاء ناس واقتدوا
به فقال نوبت أن لا يؤم أحدًا صدق ديانة لا قضاء الا ان أشهد أني انما أصلي لنفسي وكذا لو صلى هذا
الخالف الجمعة بالناس ونوى أن يصلي لنفسه الجمعة جازت الجمعة استخسانا لان الشرط فيها الجماعة وقد
وجد وحنث قضاء ديانة وينبغي اذا أمهم في صلاة الجنائزة أن يكون كالاول ان أشهد صدق فيهما
والافني الديانة ولو قال ما صليت اليوم صلاة يريد في جماعة صحت نيته لأنها ناقصة والمطلق ينصرف
الى الكامل ولو قال ما صليت اليوم الظهر يريد في جماعة قال محمد لان نية في هذا بخلاف ما اذا
صلى الظهر في السفر ثم قاله بمعنى ظهر مقيم وسعته فيما بينه وبين الله تعالى وفي ما أخرت صلاة عن وقتها
وقد نام فقضاها اختلفوا بناء على ان وقت التذكروا بالحديث فيصبح أو لا بل ينصرف الى الوقت الاصل

باب البين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قدمه على الضرب والقتل لان اللبس أكثر وقوعا منه لا بقيد خصوص الملبوس أول أن شرعته

وقوله (لا يحنت ما لم يصل ركعتين) قبل عليه
ينبغي أن لا يحنت بمجرد
الانبان بالر كعتين ما لم يأت
بالقعدة لان الصلاة لا تكون
معبرة بدون القعدة شرعا
وليس بشيء لان الركعتين
عبارة عن صلاة تامة
وعماها شرعا انما يكون
بالقعدة أشار الى ذلك تعليقه
بقوله لانه يراد به الصلاة
المعبرة شرعا والله أعلم

باب البين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قدم بين لبس الثياب وغيره
على البين في الضرب والقتل
إما لان عيب لبس الثياب
أكثر منه وجودا وإما لان
البين به مشروع وجودا
وعدا بخلاف الضرب
والقتل (ومن قال لامرأته
ان لبست من غزلك فهو
هدى) أي صدقة أنصدق
به على فقراء مكة وكلامه
واضح

(قوله قبل عليه ينبغي أن
لا يحنت) أقول صاحب
القبيل هو الاتفاق

حنيفة وقال ليس عليه أن يهدى حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف (ومعنى الهدى التصديق به) لأنه اسم لما يهدى اليها لهما أن النذر انما يصح في الملك أو مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من أسباب ملكه وله أن يغزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المبراد وذلك سبب للملك وله هذا بحيث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصرمذ كورا

وقوله (والمعتاد هو المبراد) يعني فصار كأنه قال من قطنى أو من قطن سأملكه (وذلك سبب) أى الغزل من قطن الزوج (سبب الملك الزوج لما غزلته) يعنى من ملك الزوج وقوله (ولهذا) ايضاح لقوله وذلك سبب للملك يعنى انها اذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف كان ذلك سببا لان ملك الزوج غزلها مع أن القطن ليس بمذكور هناك وما ذاك الا باعتبار أن غزل المرأة سبب للملك الزوج لما غزلته في العرف والعرف لا يفرق بين أن يكون القطن مملوكا وقت الحلف أو لم يكن

أوسع من شرعية الضرب والقتل والحلى بضم الحاء وتشديد الباء جمع حلى بفتح الحاء وسكون اللام كهدى وندى (قوله ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك) أى ثوبا من غزلك أى مغزولك (فهو هدى) فغزلت من قطن مملوك له وقت الحلف فلبسه فهو هدى اتفاقا ولو لم يكن في ملكه قطن أو كان لكن لم تغزل منه بل غزلت من قطن اشتراه بعد الحلف فلبسه فهي مسئلة الكتاب فعند أبي حنيفة هو هدى (وقال ليس عليه أن يهدى حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف) أى وقت الحلف (ومعنى الهدى) هنا (ما يتصدق به بمكة لأنه اسم لما يهدى اليها) فان كان نذر هدى شاة أو بدنة فأنما يخرجها عن العهدة ذبحه في الحرم والتصدق به هناك فلا يجزى به إهداء قيمته وقيل في إهداء قيمة الشاة روايتان فلو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره وان نذر ثوبا جاز التصديق في مكة بعينه أو بقيمته ولو نذر إهداء ما لا ينقل كاهتمام دار ونحوها فهو نذر بقيمتها (وجه قولهما أن النذر انما ينعقد) فيما هو (في الملك) قال النبي صلى الله عليه وسلم لا نذر فيما لا يملك ابن آدم (أو مضافا الى سبب الملك) مثل ان اشتريت كذا فهو هدى أو فعلى أن أتصدق به ولم يوجد ذلك فان اللبس المجهول شرط ليس سببا للملك الملبوس ولا متعلقه الذى هو غزل المرأة سببا للملك اياه لأنه يملك القطن وليس الغزل سببا للملك القطن لان غزلها يكون من قطنها ويكون من قطنه فلا يصح النذر في المشتري من القطن اذا غزل (وله أن يغزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج) لان العادة ان يشترى القطن ويجمع له في البيت وهي تغزله فيكون المغزول مملوكا له (والمعتاد هو المبراد) بالالفاظ فالتعليق بغزلها تعليق بسبب ملكه للثوب كأنه قال ان لبست ثوبا أملكه بسبب غزل قطنه فهو هدى ولا حاجة الى تقدير ملك القطن ولا الى الالتفات اليه وان كان في الواقع لا يملك المغزول بالغزل الا اذا كان القطن مملوكا له وحينئذ لا فرق بين أن يملك القطن بعد ذلك أو في حال الحلف ثم استوضح على أن غزلها سبب عادى للملك المغزول بقوله (ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر) بالاتفاق (مع أن القطن غير مذكور) وما ذاك الا لكون ذكر الغزل ذكر سبب الملك في المغزول لان معنى كونه سببا كونه كمالا وقع ثبت الحكم عنه وكون الغزل في العادة يكون من قطن مملوك له يستلزم كونه كمالا وقع ثبت عنده ملك الزوج في المغزول وبهذا فارق مسئلة التسرى حيث لا يحنث فيها بالشراء بعد الحلف لان الاضافة الى التسرى ليست اضافة الى سبب الملك لان الملك لا يثبت عند التسرى أثره بل هو متقدم عليه وبهذا بطل قول من رجع قول زفر في مسئلة التسرى هذا والواجب في ديارنا أن يفتى بقولها لان المرأة لا تغزل الا من كان نفسها أو قطنها فليس الغزل سببا للملك للغزول عادة فلا يستقيم جواب أبي حنيفة رجه الله فيه (وهذه فروع تتعلق باللبس) حلف لا يلبس من غزلها فلبس فلما بلغ الذيل السرة تذكر فلم يدخل يديه في الكين ورجلاه بعد في الخفاف حنث * حلف لا يلبس ثوبا لا يحنث بلبس القلنسوة والعمامة ولو حلف لا يلبس ولم يقل ثوبا حنث والسراويل ثوب يحنث به ولو قال هذا الثوب فاتخذ منه قلنسوة حنث * ولو ائتزر أو ارتدى حنث سواء التميمص وغيره بخلاف لا ألبس قميصا لا يحنث اذا ائتزر به أو ارتدى فينعقد على اللبس المعتاد وكذا اذا حلف لا يلبس سراويل فاتزر به أو تعمد لا يحنث ولو قال هذا السراويل فاتزر به أو تعمد حنث ولو وضعه

وقوله (ومن حلف لا يلبس حليا فلن يلبس حليا) بفتح الحاء وسكون اللام وهو ما يتحلى به النساء من ذهب أو فضة أو جواهر واستدل باباحة استعماله للرجال على أن الخاتم من فضة ليس يحلى لأنه لو كان حليا لحرم على الرجال لأن التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال ولما جاز الختم بالفضة لهم لقصد الختم أو لغيره لم يكن حليا أو كان ناقصا في كونه حليا فكان مباحا (وان كان من ذهب حنث) يعني كيفما كان سواء كان فيه فص أو لم يكن قبل الخواتم ثلاثة الذهب مطلقا والفضة المقصورة والخالف أن لا يلبس حليا يحنث بلبسهما والفضة الغير المقصورة والخالف لا يحنث بلبسه وقوله (ولوليس عقد لؤلؤ) ظاهر والعقد بالكسر هو القلادة والقرصيع التركيب يقال تاج مرصع بالجواهر وقوله (حتى سمي به في القرآن) أي بالحلي يريد به قوله تعالى ونستخرجوا منه حلية تلبسونها وقوله تعالى يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا جعل اللؤلؤ حليا يجعله نفسيرا لقوله تعالى يحلون

(ومن حلف لا يلبس حليا فلن يلبس حليا) لأنه ليس يحلى عرفا ولا شرعا حتى أبيع استعماله للرجال والختم به لقصد الختم (وان كان من ذهب حنث) لأنه حلى ولهذا لا يحل استعماله للرجال (ولوليس عقد لؤلؤ غير مرصع لم يحنث عند أبي حنيفة وقال لا يحنث) لأنه حلى حقيقة حتى سمي به في القرآن وله أنه لا يتحلى به

على عاتقه يريد حله لا يحنث ولو حلف لا يلبس القباء أوقباء ولم يعين فوضعه على كتفه ولم يدخل يده لا يحنث وفي هذا القباء يحنث لأن في المنكر يعتبر اللبس المعتاد وفي المعين الوصف لغو فلا يعتبر اللبس المعتاد بل مطلق اللبس وقال الصدر الشهيد واختار الامام الوالد الحنث في المنكر أيضا لأنه يلبس أيضا كذلك ولو وضع القباء على اللحاف ونام تحته قبل لا يحنث وقيل بل يحنث لأنه لو جعل القباء فوق الدثار حالة النوم يحنث والمراد بالدفار ما يلبس فوق القميص وهو الشعر ومنه قوله صلى الله عليه وسلم الانصار شعار والناس دثار وفي ثوب فلان فوضع قباءه على كتفيه يحنث لأنه لا يلبس لكن لبس الرداء بخلاف ما اذا ذكر لفظ القباء ولو حلف لا يلبس هذا الثوب فالق عليه وهو ثوب الخنثار لا يحنث لأنه ملبس لا لبس فهو كما تقدم اذا حلف لا يدخل فخل وأدخل فلا ينتبه فالقاء كما انتبه لا يحنث وان ترك يحنث علم أنه الثوب المحلوف عليه أولا وكذا لو ألقى عليه وهو منتبه ولو حلف لا يلبس سراويل أو خفافا دخل إحدى رجله لا يحنث ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة لا يحنث بالزني والزرو والعروة ولوليس من غزلها وغزل غيرها حنث أما لو قال ثوبا من غزلها لا يحنث ولو كان فيه رقعة من غزل غيرها حنث وكذا ان كان فيه وصلة في كمه أو دريصة أو علم من غزل غيرها ولو حلف لا يلبس من غزلها فلبس ما خيط منه أو ما فيه سلكة منه لا يحنث ولوليس تسكة من غزلها يحنث عند أبي يوسف وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى * حلف لا يلبس ثوبا من نسج فلان فلبس ثوبا نسجه غلبته وفلان هو المتقبل عليهم فان كان يعمل بيده لا يحنث والاحنث * لا يلبس حريرا أو ابريسما لا يحنث الا بثوب كله أو لجنه منه لا ماسداه أو علمه منه الا أن ينويه * لا يلبس هذا القطن ولا نية له انصرف الى الثوب المتخذ منه فلو حشابه ثوبا وهو المضرب لا يحنث وكذا لا يلبس من غزل فلانة ولا نية له هو على الثوب وان نوى عين الغزل لا يحنث بلبس الثوب لأنه يلبس الثوب لا الغزل ولا يلبس عين الغزل * لا يلبس من ثياب فلان وفلان يبيع الثياب فاشترى منه ولبس يحنث * لا يلبس كتانا فلبس ثوبا فيه كتان وغيره حنث * لا يكسوفلانا فكساه فلتسوة أو خفين أو جوربين أو أرسل اليه ثوبا فلبسه حنث الا ان نوى كسوته بيده ولو أعطاه دراهم فاشترى بها ثوبا فلبسه لا يحنث (قوله ومن حلف لا يلبس حليا فلن يلبس حليا) خاتم فضة لم يحنث عندنا وعند الأئمة الثلاثة يحنث (لأنه ليس يحلى عرفا ولا شرعا) بدليل أنه أبيع للرجال مع منعهم من التحلى بالذهب والفضة وانما أبيع لهم لقصد الختم لا الزينة فلم يكن حليا كاملا في حقهم وان كانت الزينة لازمة لوجوده لكنهم لم يقصد به فكان عدا ما خصوصا في العرف الذي هو مبنى الأيمان قال المشايخ هذا اذا لم يكن مصوغا على هيئة خاتم النساء بان كان له فص فان كان حنث لأنه ليس النساء وانما يراد به الزينة لا الختم فكل معنى التحلى به وصار كلبسه سوارا أو خنثالا أو قلادة أو قرطا أو دملوا حيث يحنث بذلك كله ولو من الفضة وقيل لا يحنث بخاتم الفضة مطلقا وان كان مما يلبسه النساء وليس يبعد لان العرف في خاتم الفضة ينفى كونه حليا وان كان زينة (ولو كان) الخاتم (من ذهب حنث) مطلقا بقص وبلاقص اتفاقا (قوله ولوليس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند أبي حنيفة وقال لا يحنث) وعلى هذا الخلاف عقد زبرجد أو زمرد أو ياقوت ويقولها قالت الأئمة الثلاثة وجه قولهم ما أنه حلى حقيقة فانه يتزين به وسمى به في القرآن قال تعالى ونستخرجوا منه حلية تلبسونها والمستخرج من البحر هو اللؤلؤ والمرجان (وله أنه لا يتحلى به) في العادة وهو المراد

عرفا الامر صاعا ومبنى الايمان على العرف وقبل هذا اختلاف عصر وزمان وبقي بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد (ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنت) لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه (وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنت) لان مثل الشيء لا يكون تبعه ففقط النسبة عن الاول (ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط أو حصير لم يحنت) لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا (وان حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير حنت) لانه بعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سرير آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه

بقوله (عرفا الامر صاعا) بذهب أوفضة (ومبنى الايمان على العرف) لاعلى استعمال القرآن فينصرف الى المرصع فلا يحنت بغيره قال بعض المشايخ قياس قوله انه لا بأس أن يلبس العلمان والرجال اللؤلؤ (وقبل هذا اختلاف عصر وزمان) في زمانه كان لا يتحلى به الامر صاعا وفي عرفهما تحلوا بالساذج (وبقي بقولهما) لان العرف القائم انه يتحلى به ساذجا كما يتحلى به مرضعا (قوله ومن حلف لا ينام على فراش) أي فراش معين فانه قال في غيره هذا الكتاب على هذا الفراش وبديل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنت ولو كان نكرة بان حلف لا ينام على فراش حنت بوضع الفراش على الفراش لانه نام على فراش نكرة ثم اذا نام عليه (وفوقه قرام حنت) لان القرام تبع للفراش لانه سائر رقيق يجعل فوقه كالتى تسمى في عرفنا الملى أي الملافة المجهزة فوق الطراحة واذا كان تبعه لم يعتبر وصار كانه نام على نفس الفراش بخلاف ما اذا جعل فوقه فراشا آخر فانه لا يحنت اذا نام على الأعلى لانه مثله والشيء لا يكون تبعه لانه تنقطع النسبة الى الاسفل وروى عن أبي يوسف رواية غير ظاهرة عنه انه يحنت لانه يسمى نائما على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصير أحدهما تبعه الاخر وحاصله أن كون الشيء ليس تبعه لانه مسلم ولا يصير نائما في الفراشين بل كل أصل بنفسه ويتحقق الحنت بتعارف قولنا نام على فراشين وان كان لم يماسه الا الأعلى (قوله ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط أو حصير لم يحنت لانه لا يسمى جالسا على الارض) عرفا فاعتبر العرف ككلام من الارض والبساط والحصير أصلا ولهذا يقال اجلس على البساط لا تجلس على الحصير وتارة اجلس على الحصير لا تجلس على الارض فجعل الجالس على أحدهما غير جالس على الارض بخلاف ما لو جلس على ذبوه حيث بعد جالسا على الارض ويقال جالس فلان على الارض فيحنت وسره أنه حيث كان اللباس تبعه كان بمنزلة نفسه فلا يعتبر حائلا بل كانه جالس بنفسه على الارض نعم لو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه لا يحنت لارتفاع التبعية (ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير) أو فراش (حنت لانه بعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك) أي على ما يفرض عليه يقال جالس الاميز على السرير ولا شك أن فوقه من أنواع الفرش (بخلاف ما اذا جعل فوقه سرير آخر لانه) أي الآخر الأعلى (مثل الاول) الاسفل فلم يجعل تابعه في العرف وهذا بالاتفاق وقرق أبو يوسف على تلك الرواية عنه في الفراش بالعرف فانه يقال نام على فراشين ولا يقال جالس على سريرين وان كان أحدهما فوق الآخر بل يقال جالس على سرير فوق سرير وهكذا الحكم في هذا الدكان وهذا السطح اذا حلف لا يجلس على أحدهما فبسط عليه وجلس حنت ولو بنى دكانا فوق الدكان أو سطحا على السطح اذا حلف لا يجلس على أحدهما فتنقطع النسبة عن الاسفل فلا يحنت بالجلوس على الأعلى ولذا كرهت الصلاة على سطح الكنيف والاسطبل ولو بنى على ذلك سطحا آخر صلى عليه لا يكره قاله الشيخ أبو المعين في شرح الجامع وفي كافي الحاكم حلف لا يمشى على الارض فمشى عليها بنعل أو خف حنت وان كان على بساط لم يحنت وان مشى على أبحار حنت لانها من الارض

وقوله (ومن حلف لا ينام على فراش) يريد على فراش بعينه بدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنت فانه لو كان على حقيقة منه منكر الحنت في هذه الصورة أيضا لانه نام على فراش وقوله (لانه تبع له فلا يعتبر حائلا) يشير الى أنه لو نزع ثوبه وطرحه على الارض وجلس عليه لم يحنت لانه حيث لم يبق ثوبه تبعه فصار بمنزلة البساط والحصير وقوله (ولو حلف لا يجلس على سرير) ظاهر مما تقدم

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

يريد بالغير الغسل والكسوة وقد تقدم ذكر وجه المناسبة في الباب المتقدم (ومن قال لا آثر ان ضربت بك فعبدي حرفات فضره فهو على الحياة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن) وهو لا يتحقق في الميت لا تفاء الا بلام فيه ونوقض بقوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تخش ففقد رأوب عليه السلام في عيئه بالضرب بهذا الذي ذكر ولم يوجد الا بلام لما أن الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من ربحان أو حشيش فلم يكن لمجموعه ايلام فكيف لاجزائه وأجيب بأنه جاز أن يكون هذا حكما بابنا بالنص في حق رأوب عليه الصلاة والسلام خاصة كراماله في حق امرأته تخفيفا عليها لعدم جنابيتها على خلاف (٩٩) القياس فلا يلحق به غيره هذا اذا لم يكن لاجزاء الضغث ايلام

على ما ذكر من تفسير الضغث وروى عن ابن عباس أن الضغث عبارة عن القبضة من الشجر فجاز أن يصيبها ألم اجزائها فكان حكمه باقيا في شريعتنا أيضا ونعام الكلام فيه في الكشف وذكروا في شرح الطحاوي ومن حلف ليضرب بن فلانا مائة سوط فضره بها ضربة واحدة ان وصل اليه كل سوط بحاله بر في عيئه والا بلام شرط فيه لان المقصود من الضرب الايلام وقوله (ومن يعذب في القبر) جواب عما يقال قولكم الايلام لا يتحقق في الميت بشكل بعذاب الميت في القبر وقيل بقول العامة احترازا عن قول أبي الحسين الصالحى فان الميت عنده بعذب من غير حياة ولا بشرط الحياة لتعذيب الميت

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

(ومن قال لا آثر ان ضربت بك فعبدي حرفات فضره فهو على الحياة) لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحياة في قول العامة

باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك

من الغسل والكسوة (قوله ومن قال ان ضربت بك فعبدي حرفه هو على الحياة) حتى اذا مات فضره لا يحنث (لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن) أو استعمال آلة التأديب في محل قابل للتأديب (والايلام) والادب (لا يتحقق في الميت) لانه لا يحس ولذا كان الحق أن الميت المعذب في قبره يوضع فيه الحياة بقدر ما يحس بالالم والبنية ليست بشرط عند أهل السنة حتى لو كان متفرقا لاجزاء بحيث لا يتميز الاجزاء بل هي مختلطة بالتراب فعذب جعلت الحياة في تلك الاجزاء التي لا يأخذها البصه وان الله على ذلك لقدير والخلاف فيه ان كان بناء على انكار عذاب القبر أمكن والا فلا يتصور من عاقب القول بالعذاب مع عدم الاحساس وقد أورد على أخذ الايلام في تعريف الضرب قوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تخش فقد برى ضرب الضغث وهي حزمة من ربحان ونحوه ولا ايلام فيه وأجيب أولا بامتنع عدم الالم في ضرب رأوب عليه السلام بالكلية وقد روى عن ابن عباس أنه قبضة من الشجر وان سلم فمخصوص بأوب ودفع بانه تمسك به في كتاب الجبل في جواز الحيلة فلم يعتبره وفي الكشف هذه الرخصة باقية والحق أن البر يضرب بضغث بلا ألم أصلا خصوصية رجة لزوجة رأوب عليه السلام ولا ينافي ذلك بقاء شرعية الحيلة في الجملة حتى قلنا اذا حلف ليضربنه مائة سوط فجمع مائة سوط وضربه بها مرة لا يحنث لكن بشرط أن يصيب بدنه كل سوط منها وذلك اما أن يكون باطرافها فائمة أو باعراضها مبسوطة والايلام شرط فيه أما عدمه بالكلية فلا ولو ضرب به بسوط واحدة شعبتان خسين مرة يبر ولو ضرب به مائة سوط وخفف بحيث لم يتألم به لا يبر لانه ضرب بصورة لا معنى ولا بد من معناه فلا يبر الا بان يتألم حتى ان من المشايخ من شرط فيما اذا جمع بين رؤس الاعواد وضرب بها كون كل عود بمجال لو ضرب منفردا به لأوجب المضروب وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال والفتوى على قول عامة المشايخ وهو أنه لا بد من الالم (فروع) قال لا ضربت بك حتى أقتلك هو الضرب الشديد ومثله حتى أتركك لاسي ولا ميت وحتى تستغيث فهو على وجود ذلك وكذا حتى نبول أو حتى (١) تبرك وعندي أيضا على الضرب الشديد لأضرب بك بالسيف حتى تموت ولا ضربن ولدك على الارض حتى ينشق

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

(قوله فقد بر رأوب الخ) أقول ولا أن تقرر السؤال بان الضرب استعمال في الآية المجيدة فيما لا ايلام فيه فعلم أن الضرب ليس اسما لما ذكرتم فحينئذ لا يكون للجواب مساس بالسؤال بل الجواب أن يقال ليس مبنى الأيمان على ألفاظ القرآن بل على العرف كما سبق غير مرة (قوله وأجيب بأنه جاز الخ) أقول أنت خير بأن الجواب عن المناقضة بالجواز خارج عن الآداب الا أن يجعل ما ذكر معارضة والتعبير عنه بالمناقضة تسامح

(١) تبرك هكذا في الاصل واعلمها معرفة على تبرك بالدال بمعنى تموت كتبه معصمه

وقوله (وكذلك الكسوة) يعني ان قال ان كسوتك فعبدى حرفكساء بعد الموت لا يحث وقوله (لانه يراد به) أى بالكسوة على تأويل الاكساء (التلميح عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا أن ينوي به) أى بالكسوة (الستر) فيثبت يحث لان فيه تشديدا عليه وقوله (وقيل بالفارسية (١٠٠) ينصرف الى اللبس) دون التلميح وهو قول الفقيه أى الميت ومعناه أنه يحث لانه اذا

حلف لا يلبس فلانا فالسبه وهو ميت حث لان الالباس عبارة عن السترة والتغطية والميت محل لذلك وقوله (وكذا الكلام والدخول) يعني اذا حلف لا يكلم فلانا أو حلف لا يدخل على فلان فكلمه أو دخل عليه بعدما مات لا يحث في عينه (لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد بالدخول عليه زيارته وبعد الموت زيارته لا هو) فان قيل قد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كلم أصحاب القبايب حيث سماهم باسمائهم فقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقد وجد ما وعدني ربي حقا أجيب بان ذلك كان معجزة له صلى الله عليه وسلم وقوله (ويتحقق ذلك) يعني التطهير (في الميت) ألا ترى أن من صلى وهو يحمل ميتا مسلما يغسل لا تجوز وان كان مغسولا جازت

(قال المصنف وهو من الميت لا يتحقق) أقول قال في الكافي لان الموت ينافي بقاء الملك فلان ينافي ابتداء أولى اه وفيه بحث فانهم صرحوا بأن الميت أهل لملك المال ولهذا الوصل

وكذلك الكسوة لانه يراد به التلميح عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا أن ينوي به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس (وكذا الكلام والدخول) لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت زيارته لا هو (ولو قال ان غسلك فعبدى حرفكساء بعدما مات يحث) لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت

نصفين فهو على أن يضرب به الارض (١) ويركعه فقط وخلاف هذا ليس بصحيح * حلف ليضرب به بالسيف حث بضربه بغلافه وهو فيه وكذا بالسوط فلفه بخرقه وضربه حث * حلف ليضرب به بنصل هذا السكين أو زج هذا الرمح فترعه وركب غيره وضربه به لا يحث ولو قال ان لغيتك فلم أضربك فعبدى حرفكساء على سطح أو من بعيد بحيث لا تصل اليه يده ولا يقدو على ضربه لا يحث قال محمد اذا كان بينه وبين فلان قدر ميل أو أكثر فلم يلقه * حلف لا يضرب امرأته فضرِبَ أمته يعني فأصاب ضربه المرأة بغير قصد حث * حلف لا أعذبه فخبسه لا يحث لان الحبس تعذيب قاصر فلا يدخل تحت المطلق (قوله وكذا الكسوة) اذا حلف ليكسونه فالقي عليه ثوبا يعدمونه يحث وتقتصر الكسوة على الحياة لا اعتبار التلميح في مفهومها ولذا لو قال كسوتك هذا الثوب كان هبة وقد جعلها الله سبحانه إحدى خصال الكفارة والمعتبر فيها فمما سوى الاطعام التلميح والميت ليس أهلا للتملك ليصح التلميح قال الفقيه أبو الليث لو كانت عينه بالفارسية ينبغي أن يحث لان هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس دون التلميح (قوله الا أن ينوي به الستر) استثناء من قوله فهو على الحياة الذي تضمنه التشبيه في قوله وكذلك الكسوة فيثبت يحث لان السترة تتحقق في حق الميت كما في الحي فتعقد عينه على حالتي الموت والحياة وذ كر ضمير به وهو الكسوة على تأويل قوله كسوتك وقيل على تأويل الاكساء ولا وجود له في اللغة (قوله وكذا الكلام) يعني اذا حلف لا يكلمه اقتصر على الحياة فلو كلمه بعد موته لا يحث لان المقصود منه الافهام والموت ينافيه لانه لا يسمع فلا يفهم وأورد أنه صلى الله عليه وسلم قال لاهل القليب قليب بدر هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقال عمر رضي الله عنه (٢) أنكم الموتى يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده ما أنتم بأسمع لما أقول من هؤلاء أو منهم وأجيب بأنه غير ثابت يعني من جهة المعنى والافهوى الصحيح وذلك بسبب أن عائشة رضي الله عنها ردت بقوله تعالى وما أنت بمسمع من في القبور انك لا تسمع الموتى وبأنه انما قاله له على وجه الموعظة للاحياء لا لافهام الموتى كما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال السلام عليكم دار قوم مؤمنين أمانساؤكم فنسكت وأما أموالكم فنقسمت وأما دوركم فقد سكنت فهذا خبركم عندنا فإخبرنا عندكم وبأنه مخصوص بأولئك تضعيفاً للحسرة عليهم لكن بقي أنه روي عنه صلى الله عليه وسلم إن الميت ليسمع خفق نعالهم اذا انصرفوا وينظر في كتاب الجنائز من هذا الشرح (قوله والدخول) يعني اذا حلف لا يدخل على فلان تقيد بالحياة فلو دخل عليه ميتا لا يحث لان المراد من الدخول عليه زيارته أو خدمته حتى لا يقال دخل على حائط ولا على دابة والزياره للميت ليست حقيقة بل انما المزور قبره ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كنت نهيتكم عن زيارة القبور الا فزروها ولم يقل عن زيارة الموتى (قوله ولو قال ان غسلك فعبدى حرفكساء) حث على الحياة والموت لان الغسل الاسالة والمعنى المراد به التطهير أو ازالة الوسخ والكل يتحقق في حالة الموت كالحياة وفي شرح الطحاوي الاصل أن كل

شبكة فتعلق بها صيد بعد موته ملكه فليأمل (قوله أجيب بأن ذلك كان معجزة له عليه السلام) أقول وأجاب العلامة فعل

- (١) ويركعه هكذا في بعض النسخ براء مهملة قبل الكاف أى يضربه برجل واحدة وفي بعض النسخ بوكه بالواو وهو تحريف فليحذر
- (٢) كذا في بعض النسخ وفي بعضها ما تكلم من أجساد لأرواح لها وكلاهما صحيح والمدار على ثبوت الرواية كتبه معججه

(ومن حلف لا يضرب امرأته فشد شعرها أو خنقها أو عضها حنث لأنه اسم لفعل مؤلم) يتصل بالبدن (وقد تحقق الأيلام) من هذه الأفعال (وقيل لا يحنث في حال الملاعبة) وإن أوجعها أو ألمها لأنه يسمى في العرف بمأزحة لا يضربا وهو منقول عن الإمام نحر الإسلام وقوله (ومن قال إن لم أقتل فلانا) ظاهر وقوله (هو الصحيح) احتراز عما ذكر في (١٠١) شرح الطحاوي فقال فيه ولو كان

يعلم أن الكوز لا ماء فيه
حنث وقال إن لم أشرب
الماء الذي في هذا الكوز
اليوم فامرأته طالق حنث
بالاتفاق وروى عن أبي
حنيفة في رواية أخرى أنه
لا يحنث - لم أولم يعلم وهو
قول زفر وهو الصحيح لأنه
عقد اليمين على شرب الماء
الموجود في الكوز والله
تعالى أعلم وإن أحدث في
الكوز ماء فليس هو الماء
الذي كان موجودا في
الكوز وقت اليمين لأن
الماء الذي أضيف إليه
الشرب لا يحتمل الوجود
إذا لم يحدث غيره بخلاف
مسئلة القتل إذا كان يعلم
بموت فلان لأنه عقد يمينه
على فعل القتل في فلان فإذا

التسنى في الكافي بأنه غير
ثابت فإنه لما بلغ هذا
الحديث عائشة رضي الله
عنها قالت كذبتم على
رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال الله تعالى أفك
لا تسمع المسوق وما أنت
بسمع من في القبور ثم قال
على أنه كان مخصوصا به
قال الزبلي ويجوز أن يكون

(ومن حلف لا يضرب امرأته فشد شعرها أو خنقها أو عضها حنث) لأنه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الأيلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لأنه يسمى بمأزحة لا يضربا (ومن قال إن لم أقتل فلانا فامرأته طالق) وفلان ميت وهو عالم به حنث لأنه عقد يمينه على حياة يحدتها الله فيه وهو متصور في عقد ثم يحنث للعجز العادي (فإن لم يعلم به لا يحنث) لأنه عقد يمينه على حياة كانت فيه ولا تتصور في قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح

فعل يلذو يؤلم ويغم ويسرى يقع على الحياة دون الممات كالضرب والشم والجماح والكسوة والدخول عليه اهـ ومثله التقييل إذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث وتقبيله صلى الله عليه وسلم عثمان بن مظعون بعدما أدرج في الكفن محمول على ضرب من الشفقة أو التعظيم وقيل إن عقد على تقبيل ملتح يحنث أو على امرأة لا يحنث وهو على الوجه ولو حلف لا يغسل فلانا أو لا يحمله أو لا يمسسه أو لا يلبسه فهو على الحياة والموت (قوله) ومن حلف لا يضرب امرأته فشد شعرها أو خنقها أو عضها حنث وكذا الوجها أو قرصها وعن بعض المشايخ ينبغي أن لا يحنث بذلك لأنه لا يتعارف ضربا وأجيب بما علل به في الكتاب وهو أن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل به وهذه الأشياء كذلك وفي المتن حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه فأصاب وجهه أو رماه بحجر أو نشابة فأصابه لا يحنث واستشكل بين الضرب بأنهما إن تعلقت بصورة الضرب عرفا فهو باقيا في محال فإلّا يجب أن لا يحنث بالخلق ومذ الشـ عروا العـض لأنه لا يتعارف ضربا أو بمعناه وهو الأيلام فيجب أن يحنث بالرمي بالحجر أو بهما فيحنث بالضرب مع الأيلام بمأزحة لكنه لا يحنث وهو أشكال وارد وما أجيب به من أن شرط الحنث حصول المحلوف عليه وهو الضرب لفظا أو عرفا مثاله حلف لا يبيع كذا بعشرة فباعه بنسعة لا يحنث لأنه وإن وجد شرط الحنث عرفا لكن لم يوجد شرط الحنث لفظا لأن مقصوده أن لا يبيع بعشرة أو بأقل بل بأكثر ولو باعه بأكثر لا يحنث أيضا لأنه وإن وجد شرط الحنث لفظا لأنه لما باعه بأحد عشر فقد باعه بعشرة أيضا لكنه لم يوجد عرفا فلا يحنث غير دافع بقليل تأمل ثم قال نحر الإسلام وغيره هذا يعني الحنث إذا كان في الغضب أما إذا فعل في المأزحة فلا يحنث ولو أدامها لكن لا على قصد الأدماء بل وقع الخطأ في المأزحة باليد وعن الفقيه أبي الليث أنه قال هذا إذا كانت بالعريضة أما إذا كانت بالفارسية لا يحنث بعد الشعر والخنق والعـ والحق أن هذا هو الذي يقتضيه النظر في العربية أيضا إلا أنه خلاف المذهب (قوله) ومن قال إن لم أقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت والحالف عالم بموته حنث لأنه لما علم بموته قبل حلفه والقتل إزالة الحياة بسبب عادي مخصوص لزم أنه عقد يمينه على إزالة حياة يحدتها الله تعالى فيه وذلك متصور في عقد بالاتفاق ثم يحنث في الحال للعجز الحالى المستمر عادة (وإن لم يعلم لا يحنث) لأنه عقد يمينه لا محالة على إزالة الحياة القائمة فيه ولا يتصور إزالة القائمة ولا حياة قائمة (فكان قياس مسئلة الكوز على الاختلاف) السابق بين أبي يوسف وبينهما فعنده ينعقد ويحنث فعليه الكفارة وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا كفارة لأنه لا حنث إذا انعقاد (قوله) وليس في تلك المسئلة أي مسئلة الكوز (تفصيل بين العلم وعدمه) بل الحكم أنه لا يحنث عندهما سواء علم أن فيه ماء وقت الحلف أو لم يعلم (قوله هو الصحيح) احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي حيث قال فيه ولو

ذلك لوعظ الأحياء ونظيره ما روى عن علي كرم الله وجهه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتى المقابر قال السلام عليكم دار قوم مؤمنين أمانساؤكم فقد نكحت وأموالكم فقد قسمت ودوركم قد سكنت فهذا خبركم عندنا فإخبرنا عندكم وكان يقول سل الأرض من شق أنهارك وغرس أشجارك وجنى ثمارك فإن لم تحبك جوابا أبابك اعتبارا وكان ذلك على سبيل الوعظ للأحياء لا على سبيل الخطاب للموتى والجمادات اهـ وفيه بحث لأنه يردته تنمة القصة لو صحت

عام ثم عثم وكان ما عقد عليه اليمين متوهما والعاذ منسوب الى العادة كالارادي منسوب الى الارادة فان تاء التأنيث تحذف في النسبة

باب اليمين في تقاضي الدراهم

لما كانت الدراهم من الوسائل دون (١٠٣) المقاصد في المعاملات وغيرها أخر اليمين التي تتعلق بها وخص الدراهم بالذكر

باب اليمين في تقاضي الدراهم

(ومن حلف ليقض دينه الى قريب فهو على مادون الشهر وان قال الى بعيد فهو أكثر من الشهر) لان مادونه يعدّ قريبا والشهر وما زاد عليه يعدّ بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما قبلك منذ شهر (ومن حلف ليقض فلان دينه اليوم فقضاء ثم وجد فلان بعضها زوفا أو نهرجة أو مستحقة لم يحث الخالف) لان الزيادة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا

كان يعلم أن الكوز لا ما فيه فحلف فقال ان لم أنرب الماء الذي في هذا الكوز فامرأته طالق فانه يحث بالاتفاق وعن أبي حنيفة رواية أخرى لا يحث علم أو لم يعلم وهو قول زفر ووجهه أنه لو كان يعلم أن لا ماء في هذا الكوز فحلف ينبغي أن تتعدي عيئه عندهما على ما يحدّثه الله تعالى في الكوز وهو متصور ثم الحجز الحالى المستمر يوجب حثه بخلاف ما إذا لم يعلم أن في الكوز ماء لان عيئه انعقدت على ماء في الكوز ولو أوجد الله تعالى فيه ماء كان غير المحلوف عليه فلا يتصور شرب المحلوف عليه

باب اليمين في تقاضي الدراهم

التقاضي المطالبة وهو سبب القضاء وهي مسائل الباب فترجم الباب بما هو سبب مسائله وخص الدراهم بالذكر لانها أكثر دورا في المعاملات (قوله ومن حلف ليقض دينه الى قريب) أو عاجلا (فهو مادون الشهر) فان أخر الى الشهر حث (وان قال الى بعيد) أو آجلا (فهو على أكثر من شهر) وعلى الشهر أيضا ولكنه قصد الطباق بين قوله مادون الشهر وما فوقه فلا يحث الا بالموت اذا مات لشهر فصاعدا من حين حلف سنة أو أكثر بلا غاية محدودة الى الموت فان مات لاقبل منه لا حث عليه على مقتضى ما ذكرنا وقال الشافعي وأحمد ايسر في عين القريب والبعيد تقدير لانه اضاف في فكل مدة قريبة بالنسبة الى ما بعدها وبعيد بالنسبة الى مادونها ومدة الدنيا كلها قريبة باعتبار وبعيدة باعتبار آخر وانما يحكم بحثه اذا مات قبل أن يقضيه وقتلنا هنا وجهان من الاعتبار اعتبارا لاضافة ولا ضبط فيها كما ذكرت واعتبار العرف وعليه مبنى الأيمان والعرف بعد الشهر بعيدا فانه يقال ما رأيتك منذ شهر عند استبعاد مدة الغيبة فعند الاطلاق وعدم التية يعتبر ذلك فاما اذا نوى بقوله الى قريب والى بعيد مدة معينة فهو على ما نوى حتى لو نوى بقوله الى قريب أو عاجلا سنة أو أكثر حث وكذا الى آخر الدنيا لانها قريبة بالنسبة الى الآخرة وتقدمت فروع فيما لو حلف ليقضه ضمي أو عند الهلال ونحوها (قوله ومن حلف ليقض فلان دينه اليوم فقضاء فيه ثم وجد فلان بعضها) أي بعض الدراهم (زوفا) وهي المغشوشة غشا قليلا بحيث يتجوز التجار بها وانما يرتد بيت المال (أو نهرجة) وغشا أكثر من الزوف يرتد من التجار المستقصى ويقبله السهل منهم (أو مستحقة لم يحث) بذلك سوا عدد بدلهما في ذلك اليوم أولا (لان الزيف عيب) وكذا النهرجة ولفظ الزيادة المذكور في الكتاب غير عربي بل هو من استعمال الفقهاء (والعيب في الجنس لا يعدم الجنس) أي جنس الدراهم (ولهذا) أي ولو لم يكن وصف الزيادة لا يعدم اسم الدراهم (لو تجوز بها) في الصرف أي لو جعلت بدلا في الصرف بالحياد أو جعلت رأس مال السلم صم مع

لكونها أكثر استعمالا ولقب الباب بالتقاضي والمسائل المذكورة فيه بلفظ القضاء والقبض والعقد لان التقاضي سبب القضاء والقبض فلقب بما هو سبب لما هو المذكور فيه هذا ما قاله الشارحون وأقول جميع ما ذكره في الكتاب من المسائل مبناه على التقاضي على ما أصرح بذكره عند رأس كل مسألة والاصل في هذا الباب أن الديون تقضى بامثالها وان العيب لا يعدم الجنس وان مادون الشهر قريب وما فوقه بعيد قال (ومن حلف ليقض دينه) تقاضي الرجل دينه وألح بخلف غريمه ليقض دينه (الى قريب فهو مادون الشهر وان قال الى بعيد فهو أكثر من الشهر) لما ذكره في الكتاب وجعل الشهر أيضا بعيدا لانه في العرف يعدّ بعيدا وان زاد في التقاضي (خلف ليقض دينه اليوم فقضاء ثم وجد فلان بعضها زوفا أو نهرجة أو مستحقة بر في عيئه) لما ذكره في الكتاب والزيف

ان

ما يرتد بيت المال والنهرج ما يرتد التجار وسأني في كتاب البيوع

باب اليمين في تقاضي الدراهم

(قوله وأقول جميع ما ذكره في الكتاب من المسائل مبناه على التقاضي) أقول فلا وجه لقصر سببية التقاضي على القضاء والقبض لكونه مبنى للعدا أيضا على ما ذكره

وقوله (فوجب شرطه) يعني قضا دينه في اليوم (وقبض المستحقة صحيح) ألا ترى أنه لو اشترى بم اشيا فأخذها المستحق بنى البيع صحيحا ولو لم يصح قبض المستحقة لبطل البيع لكونه بلا غن (ولا يرتفع برده) أي برده ما قضى من الزيف أو النهرجة أو المستحقة (البر المحقق) لان اليمين لما التحلت بوجود الشرط لم يقبل الفسخ والانتفاض كالكتابة فان مولى المكاتب اذا رد البديل لكونه زيفا أو نهرجة أو استرد بالاستحقاق لا ينتقض العتق بخلاف قضاء الدين فانه ينتقض برد المقبوض لعيب أو استحقاق لان مبناء المقاصة وقد زالت قوله (وان وجد هارصا) ظاهر وقوله (لان قضاء الدين طريقه المقاصة) بيانه أن ما يقبضه رب الدين يصير مضمونا عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المدينون مثله أي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصا (وقد تحققت بمجرد البيع) لان غن العبد آخر الدينين فيكون قضاء عن الاول وانما كان طريق قضاء الدين المقاصة لان قضاء (١٠٣) الدين حقيقة لا يتصور لان القضاء

بصادف العين وحق صاحب الدين في وصف في الذمة ولهذا قالوا المدينون تقضى بأمثالها وقوله (فكانت شرط القبض) كأنه إشارة الى الجواب عما يقال لو تحققت المقاصة بمجرد البيع لما قال محمد في الجامع الصغير ويقبضه ووجهه أن اشتراط القبض ليكون هذا الدين مثل الدين الذي للشري عليه لان ماله من الدين عليه منقرر وعن العبد غير منقرر قبل القبض لانه على شرف السقوط بموته فاذا قبضه صار منقرا فيكون مثله فيتقاصان (وان وهبها) أي ان وهب الدائن دينه للمدين (لم يبر) الخالف (لعدم المقاصة) لان المحلوف عليه فعله وهو القضاء (والهبة) ليست فعله لانها (اسقاط من صاحب الدين) وانما قال لم يبر لانه أعسم من الخنت فكانت

فوجب شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المحقق (وان وجد هارصا أو ستوقه حنت) لانهم ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم (وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه) لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكانت شرط القبض ليتقرر به (وان وهبها) يعني الدين (لم يبر) لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين

أن الافتراق عن غير قبض مفسد لهما فعرف أنهم ما ينتف عنهما جنس الدراهم فيبر في اليمين بهما سواء حلف على القبض أو الدفع (و) كذا قبض الدراهم (المستحقة صحيح) ولذا لو أجاز المالك قبضها جازوا اذا بر في دفع هذه السميات الثلاثة فلوردة الزيف أو النهرجة أو استردت المستحقة لا يرتفع البر وان انتقض القبض فانما ينتقض في حق حكم يقبل الانتفاض ومثله لو دفع المكاتب هذه الانواع وعتق فردتها مولى المكاتب بسبب انها زيف أو نهرجة أو مستحقة لا يرتفع العتق (ولو كانت رصا صا أو ستوقه حنت) اذا انقضى اليوم ولم يرد بديلها دراهم والستوقه المغشوشة غشازا اذا هو تعريب سى نوقه أي ثلاث طبقات طبقنا الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه (لانها ليست من جنس الدراهم حتى لا يتجوز بهما في الصرف والسلم) ولا يعتق المكاتب بأدائها فلوردة المولى ظهر عدم عتق العبد (قوله وان باعه) أي ان باع الخالف المدينون رب الدين الذي حلف ليقضيه في اليوم دينه في اليوم المحلوف على قضائه فيه (عبدا وقبضه) رب الدين (بر) المدينون (في يمينه) لان قضاء الدين لو وقع بالدراهم كان بطريق المقاصة وهو أن يثبت في ذمة القايض وهو الدائن مضمونا عليه لانه قبضه لنفسه ليمتلكه والدائن مثله على المقبض فيلتقيان قصاصا فكذا هنا اذا لفرق بين الدراهم وغيرها مما يقاصص به فيبر في يمينه باعطاء العبد قصاصا وهو أن يثبت له في ذمته غن العبد وله في ذمته مثلهما فيلتقيان قصاصا ثم البر وقضاء الدين يحصل بمجرد البيع قبض الدائن العبد أولا حتى لو هلك المبيع في يد المدينون الخالف قبل قبض المشتري المبيع انفسخ البيع وعاد الدين ولا ينتقض البر في اليمين وانما نص عليه محمد تأكيده البيع ليتقرر الدين على رب الدين لان الثمن وان وجب بالبيع لكنه على شرف السقوط لجواز أن يهلك المبيع قبل القبض ولو كان البيع فاسدا وقبضه فان كانت قيمته تنى بالدين بر والاحت لانه مضمون بالقيمة هذا اذا حلف المدينون وكذا اذا حلف رب الدين فقال ان لم أقبض مالي عليك اليوم أو ان لم أستوف قال محمد (فان وهبها لم يبر) يعني اذا وهب رب الدين الدراهم الدين في اليوم قبل انقضائه قبل لم يبر المدينون لان شرط البر القضاء ولم يوجد (لعدم المقاصة) ولان القضاء فعل المدينون والهبة فعل الدائن بالابراء فلا يكون

أشار بذلك الى أنه لم يبر ولم يحنت عند أبي حنيفة ومحمد لقوات المحلوف عليه وهو الدين وقوات المحلوف عليه عندهما جهة في بطلان اليمين كما في مسألة الكوز على ما تقدم قال بعض الشارحين ولنا فيه نظرا لانه حينئذ يلزم ارتفاع النقيضين وهو فاسد بمره لان البر نقيض الخنت فن وجود أحدهما يلزم ارتفاع الآخر ومن ارتفاع أحدهما يلزم وجود الآخر فلا يجوز أن يرتفعا جميعا وأقول ليسا بنقيضين على اصطلاح أهل المعقول وغير الخالف لا ينصف بأحدهما شأن النقيضين ليس كذلك فاذا بطل اليمين بقوات تصور البر صار كغير الخالف

(قال المصنف لان القضاء فعله) أقول فيه تأمل الآن يكون بدلا عن قوله لعدم المقاصة (قوله قال بعض الشارحين ولنا فيه نظرا) أقول أراد الاتقاني

(ومن حلف لا يقبض دينه درهم مادون درهم فقبض بعضه لم يحنت حتى يقبض جميعه) لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا يرى أنه أضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فنصرف الى كله فلا يحنت الابه (فان قبض دينه في وزن لم يتشاغل بينهما الابعل الوزن لم يحنت وليس ذلك بتفريق) لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة فيصير هذا القدر مستثنى عنه (ومن قال ان كان لي الامانة درهم فامر أنه طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنت) لان المقصود منه عرف فاني ما زاد على المائة

فعل هذا فعل الآخر قال في الفوائد الظهيرية واذا لم يبر لم يحنت أيضا عندهما الفوات المحلوف عليه يعني تعذرا المحلوف عليه وهو القضاء قبل انقضاء اليوم وتقدم في مسألة الكوز أن بقاء التصور شرط لبقاء اليمين في اليمين المؤقتة وهذه كذلك اذ الكلام هنا في عين مؤقتة وان كان في الجامع الصغير لم يذكر اليوم واعترض بعضهم عليه بأنه يستلزم ارتفاع التقيض لان البريق قبض الحنت فلا يرتفعان وهذا غلط لان التقيض الذي يجب صدق أحدهما دائما في الامور الحقيقية كوجود زيد وعدمه أما في الامور الشرعية اذا تعلق قيام التقيض بسبب شرعي فانما ثبت حكمهما مادام السبب قائما وما نحن فيه منه فان قيام اليمين بسبب ثبوت أحد الامرين لا محالة من الحنت أو البر شرعا فاذا فرض انتفاؤه انتفى الحنت والبر كما هو قبل اليمين حيث لا يبر ولا حنت فاذا فرض ارتفاعه كان الحال كما هو قبل وجوده وجميع ما أورده من الاستشهاد مثل قول صاحب الخلاصة لم يحنت في مسألة الكوز وقول الكرخي في هذه المسئلة لم يحنت لا فائدة فيه لان عدم الحنت متفق عليه وانما يفيد لو قالوا بر ولم يحنت وكيف يتصور البر وهو بفعل المحلوف عليه ولم يفعل * واعلم أن جواب هذه المسئلة أعني مسألة الهبة مقيد بكون الحلف على يوم بعينه كما أشرنا الى ذلك أما المطلقة بأن حلف ليقبض دينه فأمرأه أو وهبه فلا شك أنه يحنت بالاتفاق لان التصور لا يشترط بقاؤه في اليمين المطلقة بل في الابد اما حين حلف كان الدين قائما فكان تصور البر ثابتا فانهقدت ثم حنت بعد مضي زمن يقدر فيه على القضاء باليأس من البر بالهبة (قوله ومن حلف لا يقبض دينه درهم مادون درهم فقبض بعضه لم يحنت) بمجرد قبض ذلك البعض بل يتوقف حنته على قبض باقيه فاذا قبضه حنت (لان الشرط) أي شرط الحنت (قبض الكل بوصف التفرق لانه أضاف القبض) المتفرق (الى كل الدين) حيث قال لا قبض ديني وهو اسم لعله فلا يحنت الا بتمامه متفرقا غير أنه لو كان التفرق في مجلس واحد لتعدد الوزن لا يحنت اذا كان لم يتشاغل بين الوزنين الابعل الوزن لان المجلس جامع للتفرقات فكان الوزنتان كوزة واحدة بخلاف ما اذا تشاغل بعمل آخر لانه به يختلف مجلس القبض على ما عرف ولانه قد يتعذر قبضه بوزنة واحدة لكثرة فعل التفريق الكائن بهذا السبب مستثنى والمسئلة في الجامع الكبير مؤقتة هكذا اذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبدى حرا ان أخذتها منك اليوم درهم مادون درهم فأخذ منها خمسة ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس لم يحنت لان شرط حنته أخذ كل المائة على التفريق ولو قال ان أخذت منها اليوم منك درهم مادون درهم فأخذ خمسة ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس حنت لان شرط الحنت أخذ بعض المائة متفرقا لان كلمة من للتبعيض وقد وجد (قوله ومن قال ان كان لي الامانة درهم فامر أنه طالق فلم يملك الا خمسين لم يحنت) لان المقصود منه عرف فاني ما زاد على المائة فيصدق على الخمسين اذ يصدق أن الخمسين ليس زائدا على المائة وأما بالنظر الى اللفظ فلا يصح الاعلى جعل المستثنى مسكوتا عن حكمه فان معنى اللفظ ليس لي مال الامانة فالمائة مخرجة من نقي المال فاذا قلنا ان المستثنى مسكوت فتكون المائة غير محسومة عليها بأنها في ملكه بل ولا متعرضا لها بآيات بوجه من الوجوه وهذا قول طائفة من المشايخ وأما على جعله مثبتا بطريق الاشارة كما هو قول طائفة أخرى أو على

من الناس فيحوزن لا يتصف بواحد منهما واذا تناقضى دينه فقال أقضيها منجما خلف (لا يقبض دينه درهم مادون درهم فقبض بعضه لم يحنت حتى يقبض الجميع) متفرقا لان شرط الحنت أمر من كسب من قبض الكل بوصف التفرق لانه أضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه وهو اسم لكل ماله عليه (فينصرف اليه) والمركب ينتفى بانتهاء جزئه فاذا وجد أحدهما دون الآخر لم يحنت وههنا ان فات عدم التفرق لم يوجد قبض الجميع وقوله (فان قبض دينه في وزن) ظاهر * ومن تناقضى من غريمه مائتين فقال لأملك ذلك المقدار فلم يصدق فقال (ان كان لي الامانة درهم فامر أنه طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنت) لما ذكره في الكتاب

(قوله لان شرط الحنت أمر مركب من قبض الكل بوصف التفرق) أقول فيه بحث الا أن يعتبر الجزء الاخر وصفت التفرق فالاولى تبديل الباء بالواو (قوله ان فات عدم التفرق الخ) أقول الذي هو أحد الجزأين (قوله لم يوجد قبض الجميع) أقول الذي هو الجزء الآخر

قوله (ولان استثناء المائة استثناءها بجميع أجزائها) يعني فكان استثناء الحسين داخل تحت استثناء المائة لان الحسين من أجزاء المائة فلذلك لم يحث

﴿مسائل متفرقة﴾ أي هذه المسائل التي أذكرها مسائل متفرقة ومن دأب المصنفين (١٠٥) ذكر ما شذ من الأبواب في آخر الكتاب

(واذا حلف لا يفعل كذا تركه أبدا) البين على فعل الشيء أو تركه لا تخلو إيمان تكون موقنة بوقت كيوم وشهراً ومطلقاً فان كان الثاني وهو المذكور في الكتاب فان كان على الترك تركه أبداً وان كان على الفعل لم يفعل مرة على أي وجه كان ناسياً أو عامداً مختاراً أو مكرهاً وبطريق التوكيل لان الفعل مشتمل على مصدره اشتمال الكل على الجزء وهو منكر لعدم الحاجة الى التعريف والنية في سياق النفي تم فيوجب عدم الامتناع وفي الاثبات يخص فان فعله في صورة النفي مرة حث وان فعله في صورة الاثبات مرة بر (وانما يحث بوقوع اليأس عنه وذلك بموت الحالف أو بفوت محل الفعل) فان كان الاول ولم يذكره في الكتاب فانه لا يحث فيه قبل مضي الوقت وان وقع اليأس بموته أو بفوت المحل لان الوقت مانع من الانحلال اذ لو انحل قبل مضي الوقت لم يكن للتوقيت فائدة (واذا استخلف الوالي رجلاً لا يعلمه بكل داعر أي مفسد خبيث من

ولان استثناء المائة استثناءها بجميع أجزائها (وكذلك لو قال غير مائة أو سوى مائة) لان كل ذلك أداة الاستثناء ﴿مسائل متفرقة﴾ (واذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً) لانه نفي الفعل مطلقاً فامتناع ضرورة عموم النفي (وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في عيینه) لان الملتزم فعل واحد غير عين اذا المقام مقام الاثبات فيبرأى فعل فعله وانما يحث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته أو بفوت محل الفعل (واذا استخلف الوالي رجلاً لا يعلمه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته خاصة)

ان الاستثناء من النفي اثبات وهو مختارنا وصرح به المصنف فقال الاستثناء من النفي اثبات في هذا الكتاب فيحث لفظاً لانه حلف على أن له مائة وأما قول المصنف (ولان استثناء المائة استثناءها بجميع أجزائها) فظاهره أنه وجه مقابل لقوله لان المقصود منه عرفاً الخ وهو أن يكون مدلوله ومعلوم أن اخراجها ليس الا من النفي وحاصله اخراج جميع أجزاء المائة من عدم الملك فلو صح كان الحلف على نفي خمسين من ملكه فكان يحث فليس المعقول عليه الا وجه العرف بخلاف ما لو ادعى انه أعطى زيدا مائة مثلاً فقال زيد لم يعطني الا خمسين فقال ان كنت أعطيتك المائة فانه يحث بالاكل وكذا اذا اختلف في قدر الدين فقال لي عليه مائة وقال الاخر خمسون فقال ان كان لي عليه المائة فهذه لني النقصان لانه قصد بيمينه الرد على المنكر وفي الجامع الصغير عبده حران كنت أملك الا خمسين فلك عشرة لم يحث لانها بعض المستثنى ولو ملك زيادة على الخمسين ان كان من جنس مال الزكاة حث والا لا ألتزم انه لو قال مالي صدقة ينصرف الى مال الزكاة أو حلف مالي مال لا يحث الا بمال الزكاة وفي خزانة الاكل لو قال امرأته طالق ان كان له مال وله عروض وضياع ودور وغير التجارة لم يحث والمسئلة تأتي ان شاء الله تعالى

﴿مسائل متفرقة﴾ أي هذه المسائل مسائل متفرقة فتكون الاشارة لامر حاضر في الذهن أو تأخر وضع الترجمة عن وضع المسائل فتكون الاشارة على ظاهرها والظاهر الاول لان المعتاد تقدم الترجمة فان من عادة المصنفين أن يذكروا ما شذ عن الأبواب هذه الترجمة ونحوها (قوله) واذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً لانه نفي الفعل فعم الامتناع في جميع الاوقات المستقبلة (ضرورة عموم النفي) للفعل المتضمن للمصدر النكرة فلو وجد مرة لم يكن النفي في جميع الاوقات ثابتاً (وان حلف ليفعلن كذا بر بالفعل مرة واحدة لان الملتزم فعل واحد غير عين اذا المقام مقام الاثبات فيبرأى فعل فعله) سواء كان مكرهاً أو ناسياً أصيلاً أو وكيلاً عن غيره واذا لم يفعل لا يحكم بوقوع الحث حتى يقع اليأس عن الفعل (وذلك بموت الحالف) قبل الفعل فيجب عليه أن يوصي بالكفارة (أو بفوت محل الفعل) كما لو حلف ليعضرن زيدا أولياً كلن هذا الرغيف فأت زيدا أو كل الرغيف قبل أكله فحينئذ يحث هذا اذا كانت اليمين مطلقة كما أرينا له فلو كانت مقيدة مثل لا آكله في هذا اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضي الوقت عندهم على ما سلف في مسئلة الكوز خلافاً لابي يوسف ولومات الحالف قبل مضي مضيته لا حث عليه ولا كفارة ولو حن الحالف في يومه حث عندنا خلافاً لاجد (قوله) واذا استخلف الوالي رجلاً لا يعلمه بكل داعر دخل المدينة وهو بالدال والعين المهملتين كل مفسد وجعه داعر من الدعر وهو الفساد ومنه دعر العود يدعركس العين في الماضي وفتحها في المضارع اذا فسد (فهو على حال ولايته خاصة) فلو عزل

(١٤ - فتح القدير رابع) الدعارة وهي الخبث والفساد (دخل البلد كان الاعلام واجبا حال ولايته خاصة) وليس يلزم

(قال المصنف ولان استثناء المائة) أقول فيه بحث الا أن يكون المراد الاشارة الى ما اشتهر عن أهل السنة من أن الجزء لا يغير الكل فليشأمل ﴿مسائل متفرقة﴾ (قوله كان الاعلام واجبا حال ولايته خاصة الخ) أقول ولو حكم بانعقاد هذه الفور لم يكن بعيداً نظراً الى المقصود وهو المبادرة الى زجره ودفع شره فالداعي يوجب التقييد بالفور فور علمه به

يلزمه أن لا يؤخر الاعلام الى ما بعد موت الوالى أو عزله على ظاهر الرواية (لان المقصود منه) أى من الاعلام (دفع شره) أى شرف نفس الداعر (أو شر غيره بزجره) فان الوالى اذا زجره وأدبه عارته بزجر غيره عن الدعارة لو كانت فى قصده أو نيته وهذا المقصود انما يفيد فائدة اذا كان الوالى قادرا على تنفيذه وذلك بالسلطنة والسلطنة تزول بالموت لاجحالة (وكذلك بالعزل فى ظاهر الرواية) وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عما روى عن أبى يوسف أنه يجب الاعلام على الخالف بعد عزل المستخلف أيضا لانه مفيد فى الجملة وقوله (ومن حلف أن يهب) على ما ذكره فى الكتاب واضح واختلف أصحابنا فى ثبوت الملك قبل القبول فذهب من قال بثبوته الا أنه بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة ومنهم من قال بعدمه لاحتمال أن يكون الموهوب محررا للموهوب له فيعتق عليه فلا يمكن دفع الضرر فيتوقف الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة وكل عقد فيه بدل لانه غلظ من الجانبين فكان غلظه بهما

(فسوله فلا يمكن دفع الضرر) أقول أى ضرر المنة

لان المقصود منه دفع شره أو شر غيره بزجره فلا يفيد فائدة بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل فى ظاهر الرواية (ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل برى يمينه) خلافا لفرقائه يعتبره بالبيع لانه غلظك مثله ولنا أنه عقد تبرع فثبت بالتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل

لا يلزمه اخباره بعد ذلك وهو قول الشافعى ورواية عن أحمد وهذا التخصيص فى الزمان يثبت بدلالة الحال وهو العلم بأن المقصود من هذا الاستحلاف بزجره بما يدفع شره أو شر غيره بزجره لانه اذا زجر داعرا زجر داعرا آخر كما قال تعالى ولكم فى القصص حياء وهذا لا يتحقق الا فى حال ولايته لانها حال قدرته على ذلك (فلا يفيد فائدة بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل فى ظاهر الرواية) واذا سقطت اليمين لا تعود ولو عاد الى الولاية وعن أبى يوسف أنه يجب عليه إعلامه بعد العزل أيضا وهو قول الشافعى ورواية عن أحمد لانه مفيد لاحتمال أن يعاد بزجره لتقدم معرفته بحاله وهذا بعيد وفى شرح الكنز أيضا ثم إن الخالف لو علم بالداعر ولم يعلم به لم يبحث الا اذا مات هو أو المستخلف أو عزل لانه لا يبحث فى اليمين المطلقة الا بالباس الا اذا كانت مؤقتة فيبحث بعض الوقت مع الامكان اهـ ولو حكم بان عقاد هذه للقول لم يكن بعيدا نظر الى المقصود وهو المبادرة بزجره ودفع شره فالداعي يوجب التقيد بالفور أى فور علمه به وعلى هذا لو حلف رب الدين غريمه أو الكفيل أن لا يخرج عن البلد الا باذنه بتقيد بحال قيام الدين والكفالة لان الاذن انما يصح ممن له ولاية المنع ~~وكذا~~ لا يخرج امرأته الا باذنه بتقيد بقيام الزوجية واذا زال الدين والزوجية سقطت ثم لا تعود اليمين بعوده ما بخلاف ما لو حلف لا يخرج امرأته من الدار فانه لا يتقيد به اذ لم يذكر الاذن فلا موجب لتقييده بزمان الولاية فى الاذن وكذا الحال فى حلفه على العبد مطلقا ومقيدا وعلى هذا لو قال لامرأته كل امرأة أتزوجها بغير ذلك طالق فطلق امرأته طلاقا تاما أو ثلثا ثم تزوج بغير انهم اطلقت لانه لم تقيد بيمينه ببقاء النكاح لانها انما تقيد به لو كانت المرأة تستفيد ولاية الاذن والمنع بعقد النكاح (قوله ومن حلف ليهن عبده لفلان فوهبه ولم يقبل برى يمينه) الاصل أن اسم عقد المعاوضة كالبيع والاجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بازاء الايجاب والقبول معا وفى عقود التبرعات بازاء الايجاب فقط كالهبة والصدقة والعارية والعطية والوصية والعري والتخلي والاقرار والهبة وقال زفره كالببيع وفى البيع ومأمعه الاتفاق على أنه للجموع فلذا وقع الاتفاق على أنه لو قال بعثك أمس هذا الثوب فلم تقبل فقال بل قبلت أو آجرتك هذه الدار فلم تقبل فقال بل قبلت القول قول المسترى والمستأجر لان اقراره بالبيع تضمن اقراره بالايجاب والقبول وقوله لم تقبل رجوع عنه ~~وكذا~~ على عدم الحث اذا حلف لا يبيع فأوجب فقط وعلى الحث اذا حلف لبييع اليوم فأوجب فيه فقط ووقع الخلاف فى ذلك لو كان بلفظ الهبة فعندنا يبرر بالايجاب وعندنا يثبت ثم استدلل المصنف لزفر باعتبار به بالبيع (لانه) أى عقدا الهبة (غليك مثله) حيث يتوقف تمام سببته على القبول فلا يكون هو أى عقدا الهبة بلا قبول كالايجاب فى البيع ثم لا يشترط القبض فى رواية عنه بل بمجرد ايجاب الهبة والقبول من الآخر لتمام السبب وانما القبض شرط حكمه والسبب يتم دونه كالبيع بشرط الخيار وفى رواية أخرى عنه بشرط معه القبض فلا يبرح حتى يقبض الاخر لان السبب بلا حكم غير معتبر قال المصنف (ولنا أنه عقد تبرع فثبت بالتبرع) أى الهبة اسم للتبرع فاذا تبرع وجد المسمى فيبحث ولا يراد تمامه سببا للملك إلا على ما نقل عن بعضهم أن الملك يثبت به قبل القبول الا أن بالردي ينتقض دفعا لضرر المنة بلا اختيار ونحوه من فسح نكاح الزوجة المرفوعة لانه لا معقول ولا عمل على هذا بل لا بد من القبول لتمام العقد فكان فى احتياجه الى القبول فى تمام العقد ووقوعه سببا للملك الاخر ~~وكذا~~ كالببيع والحاصل أنه انما يتم به ما هو من جهته وهو التمليك وبهذا القدر لا يدخل فى ملك الاخر وان كان بلا بدل حتى يظهر رضاه بذلك بلفظه المفيد له فهو كالبيع فى هذا القدر وحقيقة الخلاف انما هو فى تعيين

ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به أما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين

مسميات شرعية لالفاظ هي لفظ البيع والهبة وأخواتهما ولا سبيل الى ذلك الا بالنقل أو الاستدلال فلما كان عند اطلاق لفظ باع فلان كذا أو بعث كذا يفهم منه وقوع الايجاب والقبول حكم بأن اسم البيع للمجموع ثم وقع النزاع في اسم الهبة فقال زفره هو كذلك واستدل الاصحاب بالنقل وهو ما في الصحيحين من قول ابن عباس ان الصعب بن جثامة أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم جدار وحش وهو بالابواء أو بوذان فردّه عليه فلما رأى ما في وجهه قال إنا لم نردّه عليك الا أنا حرم فقد أطلق اسم الاهداء من أحد الجانبين فقط لفرض أنه ردّه عليه ووجهه أن قول ابن عباس أهدى إما حكاية قول الصعب بن جثامة أهديت لك هذا أو حكاية فعل وعلى كل تقدير يفيد أن اسم الهدية يتم بمجرد فعل الواهب قبل الآخر ولا يستدل أيضا بقولنا وهبت لفلان فلم يقبل وليس شيء منهما بال لازم لان غاية ما فيه أنه يصح أن يطلق لفظ الهبة والهدية على مجرد الايجاب بقريئة كقوله فلم يقبل ونحن لا نشكر أنه يصح أن يقال عليه فقط كما يقال على المجموع وكونه ظهري في موضع أنه استعمل في مجرد الايجاب بقريئة لا يفيد الحكم بأنه هو معناه الحقيقي الذي يجب الحكم به عليه عند عدم القريئة ألا ترى أنه لو قال بعته هذا الثوب بألف فلم يقبل لم يكن مخطئا ويكون مستعملا لاسم الكل في الجزء فلودل صحة قول القائل وهبت فلم يقبل على أن وضع لفظ الهبة لمجرد الايجاب دل صحة قوله بعته فلم يقبل على أن البيع لمجرد الايجاب والاثبات وأما الاستدلال بقول الصديق لعائشة رضي الله عنهما كنت فحللتك عشرين وسقا من مال العالية وإنك لم تكوني حرتيه فسماء تحلى قبل القبض فانما ينتهض على احدي روايتي زفر أنه ما خوذ فيه القبض أيضا ولنا تصحها بل الاعتبار بالمجموع من الايجاب والقبول والقبض شرط الحكم لامن تمام السبب ومسمى اللفظ وأما الوجه القائل ان المقصود من الهبة اظهار السماحة وهو يتم بالايجاب يعني فالظاهر أن الاسم بازاما يتم به المقصود من العقد فلا يخفى أنه غير لازم والا كانت أسماء الامور التي لها غايات أسماء لتلك الغايات وأيضاً قصد الاظهار للسماحة هو عين المراد ولا ينبغي حمل فعل جميع العقلاء عليه بل اللازم كون المقصود منها وصول النفع للحيب والفقير الاجنبي وهذا البق أن يجعل مقصود العقلاء فيجب الحمل عليه وعلى اعتباره لا يتحقق الوصول الى مجموع القبول والايجاب وأقربها أنه اسم للتبرع كما ذكر المصنف والاستدلال عليه بأنه عقد تبرع فيتم بالتبرع وان كان تمام السبب يتوقف على شيء آخر فهو اسم لجزء السبب ان سلم هذا وعلى هذا الخلاف القرض وعن أبي يوسف أن قبول المستقرض لا بد منه فيه لان القرض في حكم المعاوضة فلو قال أقرضني فلان ألفا فلم أقبل لا يقبل قوله ونقل عن أبي حنيفة فيه روايتان والابراء يشبه البيع من حيث إنه يفيد الملك باللفظ دون قبض والهبة لانه عليك بلا عوض ولهذا ذكر في الجامع أن في القرض والابراء قياسا واستحسانا وقال الحلواني فيهما كالهبة قيل والاشبه أن يلحق الابراء بالهبة لعدم العوض والقرض بالبيع للعوض * واعلم أن الابراء له شبهان شبه بالاسقاط لان الدين وصف في الذمة لا عين مال فباعتباره قلنا لا يتوقف على القبول وشبه بالتمليكات باعتبار أن ماله الى عين المال حتى جرت أحكام المال عليه في باب الزكاة ولهذا قلنا يرتد بالرد ولا يقبل التعليق ولا يعلم خلاف في أن الاستقراض كالهبة **فروع** حلف لا يوصى بوصية فهو هبة في مرض الموت لا يحنث وكذا الواشترى أباه في مرضه فعتق عليه ولو حلف ليهبه اليوم مائة درهم فهو هبة مائة له على آخر وأمره بقبضها بـ ولو مات الواهب قبل قبض الموهوب له لا يتمكن من قبضه لانها صارت ملكا للورثة وفي شرح الجامع **كبير** للعتابي أن الاباحة والوصية والاقرار والاستخدام لا يشترط فيها القبول من الآخر ولو قال لعبدان وهبك فلان مني فأنت حر فهو هبة منه ان كان العبد في يد الواهب لا يعتق سلمه اليه أولا وان كان وديعة في يد الموهوب له ان بدأ الواهب فقال

(ومن حلف لا يشتم ريجا نافسهم وردا (١٠٨) أو باسميتا لا يحنث لانه اسم لما الاساق له ولهم اساق) فيل هذا تفسير الامام خر

الإسلام وقلده الصدر الشهيد
 والمصنف وفيه نظر لانه لم
 يثبت في قـ وانين اللغة
 الريحان بهذا التفسير أصلا
 وجوابه أن معني قوله
 اسم لما لا ساق له أن لساقه
 رائحة طيبة كالأورقه
 اصطلاح عليه الفقهاء وان
 لم يثبت في اللغة على أن
 نقيه في اللغة يتوقف على
 الاستقرار التام في أوضاع
 اللغة وهو متعذر وقيل في
 الضابط بين الورد والريحان
 ان ما ينبت من بزره عملا لشجر
 له ولعينه رائحة طيبة مستلذة
 فهو ريحان وما ينبت من
 الشجر ولورقه رائحة
 مستلذة فهو ورد (ومن
 حلف لا يشتري بنفسه
 فاشترى دهن بنفسه حث
 اعتبار اللعروف ولهذا يسمى
 بآثمه بائع البنفسج والشراء
 ينبت عليه) أي على البيع
 وهذا في عرف أهل الكوفة

(قوله قبل هذا تفسير الامام
الخ) أقول صاحب القيل
هو الاتقاني (قوله وجوابه
أن معنى قوله اسم لما لا ساق
له الخ) أقول يعني اسم لما
لا ساق له بل راثحة بل يكون
لساقه راثحة كما لورقه وساق
الورد ليس له راثحة كما لورقه
(قوله اصطلح عليه الفقهاء
وان لم يثبت في اللغة) أقول
المعتبر في الأيمان ما هو
المتعارف بين الناس
لا ما اصطلح عليه الفقهاء

(ومن حلف لا يشترى بحا فاشم وردا أو باسمينا لا يحنث) لأنه اسم لما لا ساق له - ماساق (ولو حلف لا يشترى بنفسه جاولا يتهلف فهو على ذهنه) اعتبارا للعرف وله - ذا يسمى بأفعه بأفع البنفسج والشراء يندى عليه

وهبتكه لا يعتق قبل أول يقبل وإن بدأ الموهوب له فقال هبه مني فقال وهبته منك عتق ولو حلف
لا يهب عبده من فلان فوهبه له أجنبي فأجازا لحالف الهبة حنت كذا رواه ابن سماعة عن محمد ولا يهب
عبده لفلان فوهبه له على عوض حنت حلف لا يستدين ديناً فتزوج لا يحنت ولو حلف لا يشاركه
ثم شاركه بمال ابنه الصغير فالشريك هو الابن لا الأب لأنه لا يرجع للأب في المال وتنعقد عين نقي الشركة
على ما عليه عادات الناس من الشركة في التجارات دون الأعيان فلا يشتري عبد المي حنت بخلاف مالو
قال لا يكون بيني وبينه شركة في شيء حيث يحنت بخلاف مالوورثاشياً لا يحنت لأنه لم يشاركه مختاراً انما
لزمه حكماً أحب أو كره (قوله ومن حلف لا يشمر بريحنا فاشم ورداً أو باسمين المي حنت) ويشم هو بفتح
الياء والشين مضارع شممت الطبيب بكسر الميم في الماضي هذه هي اللغة الفصيحة المشهورة وأما شممت
الطبيب أشمه بفتح الميم في الماضي وضمها في المضارع فقد أنكرها بعض أهل اللغة وقال هو خطأ وصحح
عذمه فقد نقلها الفراء وغيره وإن كانت ليست بفصيحة ثم عين الشم تنعقد على الشم المقصود فلو
حلف لا يشمر طبيباً فوجدر بجمه لم يحنت ولو وصلت الرائحة إلى دماغه وفي المغرب الريحان كل ما طاب
ريحه من النبات وعند الفقهاء ما الساقه رائحة طيبة كالأورقة وقيل في عرف أهل العراق اسم لما لا ساق
له من البقول مما له رائحة مستلذة وقيل اسم لما ليس له شجر ذكروه في المبسوط لأنه تعالى قال والنجم
والشجر يسجدان ثم قال والحب ذو العصف والريحان ولأن الريحان انما يطلق على ما ينبت من بزره
مما لا شجر له ولعينه رائحة مستلذة وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة انما الرائحة للزهرة خاصة
هذا والذي يجب أن يعول عليه في ديارنا لا هذا ذلك كله لأن الريحان متعارف لنوع وهو ريحان
الحامح وأما كون الريحان الترفجي منه فيمكن أن لا يكون لأنهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان ترفجي
وعندنا يطلقون اسم الريحان لا يفهم منه إلا الحامح فلا يحنت إلا بعين ذلك النوع (قوله ولو حلف
لا يشتري بنفسجاً فهو على ذهنه) دون ورقه فلا يحنت بورقه وذكر الكرخي أنه يحنت به أيضاً بعموم
المجاز وهذا مبني على العرف فكان في عرف أهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى
به بائع الدهن ثم صار كل يسمى به في أيام الكرخي فقال به وأما في عرفنا فيجب أن لا ينعقد إلا على نفس
النبات فلا يحنت بالدهن أصلاً كما قال في الورد والحناء أن البين على شرائهم ما ينصرف إلى الورق لأنهما
اسم للورق والعرف مقرر له بخلافه في البنفسج (فروع متفرقة الأصناف) إذا حلف على الدجاج
نقياً أو ثباتاً وكذا الحمل والابل والبعية والجوز والبقرة والبغل والبغلة والشاة والغنم والحمار
والخيل يتناول الذكر والأنثى والتام للوحدة قال قائلهم

لما مررت بدير هند أرقني * صوت الدجاج وضرب بالنواقيس

والصوت انما هو للديك وفي الحديث في خمس من الابل شاة وعن أبي يوسف البقرة لا تتناول الثور
وليس بذلك والثور والكبش والديك للذكر والبرذون للهيء والبقرة لا يتناول الجاموس للعرف
* حلف لا يفعل كذا ولا كذا ففعل واحد منهم احنث وان لم يذ كر حرف النفي فقال لا أفعل كذا وكذا
فكذلك يحنث * حلف لا يأكل مما يحبيء به فلان فبما يحمص فطبخ فأكل من مرقه وفيه طعم الحص
حنث ذكرها في فتاوى قاضيخان وعلى هذا يجب في مسألة الحلف لا يأكل الجماعاً كل من مرقه انه
لا يحنث أن يقيد بما اذا لم يجسد طعم اللحم * حلف لا يشرب حراماً من هذا الجنس فقام وشرب قياه
لا يحنث قال ابعده ان سقيت الخرافات حرف ذهب به فسقاه فلم يشرب عتق لانه سقاه ولكنه لم يشرب

وقبل في عرفنا يقع على الورق (وان حلف على الورد فاليمين على الورق) لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له
وفي البنفسج قاض عليه

(وقبل في عرفنا يقع على
الورد وان حلف على الورد
فاليمين على الورق لانه) أى
الورد (حقيقة فيه) أى فى
الورد (والعرف مقرر له) أى
لوقوع اليمين على الحقيقة
يعنى أن اسم الورد على
الورد حقيقة وفي العرف
أبضا يفهم منه ذلك
فكان العرف مقسرا
لوقوع على الحقيقة (وفي
البنفسج قاض عليه) أى
غالب راجح يعنى أن اسم
البنفسج يقع على عين
البنفسج حقيقة كما هو
مذهب السافعي لا على
دهنه ولكن العرف غير ذلك
الحقيقة من عينه الى دهنه
فكان العرف غالبا وراجحا
في اسم البنفسج على حقيقة

* حلف لا يشرب عصيرا فعصر عنقودا في حلقه لا يحنت ولو عصره في كفه فحساه حنت أما لو قال
لا يدخل حلقى حنت فيهما وفي الفتاوى هذا في عرفهم أما في عرفنا فينبغي أن لا يكون حاشا لان ماء
العنب لا يسمى عصيرا في أول ما يعصر * حلف على امرأته لا تسكن هذه الدار وهي فيها وبابها مغلق
والدار حائط فهي معذورة حتى يفتح الباب وليس لها أن تتسور الحائط قال الفقيه وبه تأخذ قال الصدر
الشهيد فرق بين هذا وبين ما لو قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيس ومنع من
الخروج فانه يحنت * ولو قال لامرأته وهي في بيت والدها ان لم تحضري الليلة فنعها الوالد من الحضور منعها
حسبا حنت قال الصدر الشهيد هذا في فتاوى الفضلي وذكر بعد هذا أنه لا يحنت قال والاصح أنه يحنت
ولا بد من الفرق بين الفعل وعدم الفعل وذلك لان الشرع قد يجعل الموجد معدوما بالعدول كالأكره
وغيره ولا يجعل المعدوم موجودا وان وجد العذر اه يعنى وقد أكرهت على السكنى وهو فعل والمكره
على الفعل لا يضاف الفعل اليه فلا يحنت وقد صرح بجواب الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل فمن قال ان لم
أخرج من هذه الدار اليوم فقيس الحالف ومنع أيا ما أنه يحنت وهو الصحيح وفي الخلاصة لو قال لامرأته ان
سكنت هذه الدار فانت طالق وكان ليلافهي معذورة حتى تصبح ولو قال لرجل لم يكن معذورا هو الصحيح
الانحرف لص وغيره وهذا ما سلف الوعد به * كل عبد لى حروله عبد بينه وبين غيره لا يعتق لانصرافه
الى التام ومثله لا كل مما اشتراه فلان فاشترى مع آخر فصار مشتركا لا يحنت لوأ كل منه ويعتق عبده
المأذون وان كان عليه دين ولا يعتق عبد عبده المأذون عند أبي حنيفة اذا كان عبده مستغرقا كسبه
ورقبته بالدين وان نوى المولى عتقهم وان لم يكن عليه دين ان نواه عتق والا فلا وعند أبي يوسف ان
نواه عتق والا فلا كان عليه دين أولا وقال محمد عتقوا جميعا في الاحوال كلها * قال لغيره والله لتفعلن
كذا ولم ينوشيا فهو حالف فان لم يفعل المخاطب حنت وان أراد به الاستحلاف فهو استحلاف ولا شيء على
واحد منهما اذا لم يفعل * ولو قال لغيره أقسمت أو أقسمت بالله عليك لتفعلن كذا أو قال أشهد بالله أو
أشهد عليك أو لم يقل عليك فالحالف هو المبتدئ الا أن يكون أراد الاستنفهام فلا يمين عليه أيضا ولو قال
عليك عهد الله ان فعلت فقال نعم فالحالف المحجب ولا يمين على المبتدئ وان نواه * اشترى منامن اللحم
فقال امرأته هو أقل من من مت وحلفت عليه فقال ان لم يكن منافات طالق فانه بطيح قبل أن يوزن فلا
يحنت هو ولا المرأة * حلف لا يأكل من خبز خنته فساقر الخن وخلف لامرأته دقيقتان نفقة فأكل منه
حنت لانه باق على ملكه قال القاضي الامام هذا اذا لم يفرز قدرا لكن قال لها كلى من دقيقتي بقدر
ما يكفيك أما اذا أفرز قدرا من الدقيق وأعطاه اياه صار ملكا لها فلا يحنت قال في الخلاصة وفي
الفتاوى حلف لا يأكل من مال فلان فتنها هذا فأكل الحالف لا يحنت لان كلاهما آكل من مال
نفسه في العرف وفيه نظر قال قلت للقاضي الامام لو كان أحد الشركاء صبيا لا يجوز هذا ولو كان
كل واحد آكل من مال نفسه ينبغي أن يجوز قال نعم استصوبني ولكن لم يصرح بالخلاف اه
وأقول الفرق أن عدم الحنت لا كل من المتناهدين مال نفسه عرفا لا حقيقة وعلى العرف
تبنى الإيمان فلم يحنت وعدم جواز التناهد مع الصبي لانه غير آكل مال نفسه حقيقة بل بعض
مال الصبي أيضا وفي الخلاصة حلف لا يأكل من خبز فلان فأكل خبزا بينه وبين فلان يحنت وقال
في مجموع النوازل لا يحنت لانه كل حصته ولو حلف لا يأكل من مال فلان فأت فلان وهو وارثه
فأكل ان لم يكن له وارث سواء أو كان فأكل بعد القسمة لا يحنت والاحت ولو حلف لا يأكل كل
رغيف فلان فأكل رغيفين بينه وبين غيره يحنت في مجموع النوازل وكذا دار بين أختين قال زوج

احداهما ان دخلت الا في نصيبك فانت طالق وهي غير مقسومة فدخلت لا يحنت لانها ما دخلت
 في غير نصيبها ولو حلف لا يدخل دارا فلان قد دخل دارا بينه وبين غيره لا يحنت ولو حلف لا يزرع
 أرض فلان فزرع أرضا بينه وبين غيره يحنت لان نصف الأرض يسمى أرضا ونصف الدار لا يسمى
 دارا ولو حلف لا يأكل من مال فلان فأكل من حب بينه وبينه حنت ولو اشترى بدراهم مشتركة
 بينهم لم يحنت ولو حلف لا يأكل من طيب فلان فأكل مما طبخه مع غيره حنت ولو حلف لا يأكل
 من قدر فلان فأكل من قدر طبخها فلان لم يحنت وفي الاصل لو حلف لا يأكل من طعام اشتراه فلان
 فأكل من طعام اشتراه مع غيره حنت الا اذا نوى شراءه وحده بخلاف ما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه فلان
 أو يملكه فلبس ثوبا اشتراه فلان مع غيره لم يحنت لان الثوب اسم للكل فلا يقع على البعض ومثله لا يدخل
 دارا اشتراه فلان فدخل دارا اشتراه فلان مع غيره لا يحنت وفي مجموع النوازل امرأته وهبت طيرا فقال
 لها زوجهما كرا من زرد ابيك تو بحرم فانت طالق فوهبت من آخر فأكل الحالف يحنت قال صاحب
 الخلاصة وعلى قياس ما يأتي ينبغي أن لا يحنت صورته في الفتاوى حلف لا يأكل من غنم غزل فلانة
 فباع غزلها وهبت الثمن لابنها ثم وهب الابن الحالف فاشترى به شيئا فأكله لا يحنت قال وهذا أصح
 من الاول وفي الجامع الصغير لو قال ان أكلت اليوم الارغيفاً أو ان تغدبت برغيف فعبدى حرفاً كل
 رغيفاً ثم أكل بعده غمراً أو فاكهة حنت وفي فتاوى قاضيان حلف لا يأكل اليوم الارغيفاً كل
 رغيفاً مع الخل أو الزيت أو اللبن لا يكون حاشا لان الاستثناء يقتضي المجانسة في المعنى المطلوب وهذه
 الاشياء لا تجانس الرغيف في المعنى المطلوب وهو الاكل وهذا خلاف الاول ولو قال ان أكلت اليوم
 أكثر من رغيف فهو على الخبر خاصة وفي الفتاوى حلف لا يأكل كل هذه الخبازية التي فيها الزيت فأكل
 بعضها حنت ولو كان مكان الاكل بيع فباع النصف لا يحنت ولو حلف لا يأكل هذه البيضة لا يحنت
 حتى يأكل كلها وكذا في البيضتين ولو حلف لا يأكل هذا الشيء كل رغيف مثلاً فأكل بعضه قال
 أبو بكر الاسكافي ان كان شيئاً يمكنه أن يأكله كله في مرة لا يحنت بأكل بعضه وقال بعضهم اذا أكل
 بعض ما لا يمكن أن يأكله كله في مجلسه يحنت في يمينه وهو الصحيح وقال محمد كل شيء يأكله الرجل في
 مجلس واحد أو يشربه في شربة واحدة فالحلف على جميعه لا يحنت بأكل بعضه لكن في الفتاوى
 للقاضي حلف لا يأكل هذا الرغيف فأكل وبقى منه شيء يسير يحنت فان نوى كله صحت نيته فيما بينه
 وبين الله تعالى وهل يصدق في القضاء فيه روايتان اهـ وكأن المراد أن يترك شيئاً قليلاً جذاً بحيث لا يقال
 الا أن فلاناً كل جميع الرغيف لقوله المتروكة والافقد سمعت ما ذكره محمد ونص في غير موضع انه اذا
 حلف لا يأكل هذا الرغيف لا يحنت بأكل البعض وتقدم من النصوص لو قال هذا الرغيف على
 حرام حنت بأكل لقمة منه قال في فتاوى قاضيان قال مشايخنا الصحيح أنه لا يكون حاشا لان قوله هذا
 الرغيف على حرام معتزلة قوله والله لا آكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنت بأكل البعض قال
 ابراهيم سمعت أبا يوسف يقول فيمن قال كلاً أكلت اللحم أو كلاً شربت الماء فله على أن أنصدق بدرهم
 فأكل فعليه في كل لقمة من اللحم وفي كل نفس من الماء درهم * حلف لا يكلم فلاناً ولا فلاناً لا يحنت
 حتى يكلمهما الا أن ينوي الحنت بأحدهما فيحنت بواحد منهما أما لو قال لا أكلمهما أو قال بالفارسية
 ابن دو كس سخون نكريم ونوى واحد الا تصح نيته ذكره في المحيط قال وينبغي أن تصح لان المثنى يذكر
 ويراد به الواحد فانوى ذلك وفيه تغليظ على نفسه بصح اهـ فهو مقيد بما اذا كان فيه تغليظ على
 نفسه ولو قال فلاناً أو فلاناً حنت باحدهما وكذا لو قال فلاناً ولا فلاناً وفي مجموع النوازل لا أكلم
 فلاناً يوماً ولا يومين وثلاثة فهو على ستة أيام ولو قال لا أكلمه لا يوماً ولا يومين ولا ثلاثة فعلى ثلاثة أيام
 * حلف لا يشرب من دار فلان فأكل منها شيئاً قال محمد بن سلمة يحنت لان المقصود من هذا اليمين الامتناع

عن جميع المأكولات وقال غيره لا يحنث في عيئه إلا أن ينوي جميع المأكولات والمشروبات أمالو
قال بالفارسية فلا شك في تناول المأكول والمشروب * حلف لا يغتسل من امرأته من جنابة فجامعها
ثم جامع أخرى أو على العكس يحنث وإن لم يغتسل لأن اليمين انعقدت على الجماع كناية ولو نوى حقيقة
الغسل حنث أيضا إذا اغتسل لأنه اغتسل عنها وعن غيرها فيحنث كما لو حلف لا يتوضأ من الرغاف فتوضأ
من الرغاف وغيره حنث ولو حلف لا يحل نكته على امرأته أن أراد أنه يجمع صح وهو مول وإن لم يرد أن
فتح سراويله للبول ثم جامعها لا يحنث لأن فتح سراويله عليها أن يفتح لأجل جماعها وإن فتحه لجماعها ولم
يجمع قالوا ينبغي أن يكون حائلا لوجود شرط الحنث ولو حلف لا يحل نكته في الغربية فجامع من غير
حل النكته أن نوى عين حلها لا يحنث وصدق قضاء وإن لم ينو يحنث ونحو هذا قوله إن اغتسلت من
الحرام فعانق أجنبية فانزل قالوا يرجي أن لا يكون حائلا ويكون عيئه على الجماع وعلى هذا الأصل
لو حلفت لا تغتسل رأسها من جنابة زوجها فجامعها مكرهة قال الصغار أرجو أن لا يحنث قال
الفقيه أبو الليث لأن قولها كناية عن الجماع فإذا كانت مكرهة عليه لا يحنث ولو قال لها عند إرادته الجماع
أن لم تمكيني أو لم تدخل معي في البيت فلم تفعل أو فعلت بعد ساعة إن كان بعد سكون شهوته حنث
والألا وفي الجماع الكبير حلف لا يجمع امرأته فجامعها فيمادون الفرج لا يحنث فإن قال عني
فيمادون الفرج يحنث بهما ولو قال لامرأته إن فعلت حراما في هذه السنة فأنت طالق ثلاثا فهذا
على الجماع فإن علمته بأن فعله بما ينهانا بداخل الفرجين وتعرف أنها ليست بمالوك له ولا زوجة أو شهد
عندها أربعة على ذلك لأنه شهادة على الزنا والزال لا يثبت إلا بذلك ولو أقر لها كفى مرة لا يسعها المقام
معه فإن جحد عند الحاكم أنه فعل وليس لامرأته بينة حلفته عند الحاكم فإن حلف وسعها المقام
معه قلت فهذه المسئلة تقيد مسئلة ما إذا علمت أنه طلقها ثلاثا بيقيننا ثم أنكر فأنها لا تمكنه أبدا وإذا
لم تستطع منعه عنها أن نسميها ولو قال لها بالفارسية اكرتوبا كسى حرام كنه فأنت طالق فأبانها
فجامعها في العدة طلقت عندهما لأنهما يعتبران عموم اللفظ وأبو يوسف يعتبر الغرض فعلى قياس قوله
لا يحنث فلا تطلق وعليه الفتوى ذكره في الخلاصة وغيرها ولو قال لا تخرن فعلت فلم أفعل قال
أبو حنيفة إن لم يفعل على فور فعله حنث * حلف لا يعرفه وهو يعلم شخصه ونسبه ولا يعرف اسمه فني
البالغ لا يحنث لأن معرفة البالغ كذلك ويحنث في الصغير وعليه فتح مالو ولا رجل ولا فخرجه إلى
جاره ولم يسمه بعد فراء الجار ثم حلف أنه لا يعرف هذا الصبي يحنث ولو تزوج امرأة ودخل بها ولا
يدري اسمها حلف أنه لا يعرفها لا يحنث وكذا لو حلف أنه لا يعرف هذا الرجل وهو يعرفه بوجهه
دون اسمه لا يحنث إلا أن يعنى به معرفة وجهه فيحنث لأنه شدد على نفسه ولو حلف لا يفعل مادام
فلان في هذه البلدة فخرج ففعل ثم رجع فلان ففعله ثانيا لا يحنث * حلف لا أترك فلانا يفعل كذا كذا
بمزأ ولا يذهب من هنا ولا يدخل برب قوله لا تفعل لا تخرج لا تقرأ طاعه أو عصاء والله تعالى الموفق
للصواب

كتاب الحدود

لما اشتملت الأيمان على بيان الكفارة وهي دائرة بين العقوبة والعبادة أولاها الحدود التي هي
عقوبات محضة اندفاعا إلى بيان الأحكام بتدرج ولولا ما يعارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين
العبادات المحضة لكان إنباء الحدود والصوم أوجه لاشتماله على بيان كفارة الإفطار المغلب فيها جهة
العقوبة حتى تداخلت على ما عرف بخلاف كفارة الأيمان المغلب فيها جهة العبادة لكن كان يكون
الترتيب حينئذ الصلاة ثم الأيمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج فيقع من الفصل بين العبادات التي

كتاب الحدود

قال الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدره حق الله تعالى حتى لا يسمي القصاص حدا لأنه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصود الأصلي من شرعه الانزجار عما ينضرب به العباد والظهاره ليست أصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر

هي جنس واحد بالاجنبي ما يبعد بين الاخوات المقهدة في الجنس القريب ويوجب استعمال الشارع لها كذلك لكنه قال بنى الاسلام على خمس شهادة أن لا اله الا الله الحديث ثم محاسن الحدود وأظهر من أن تذكر بيان وتكتب بينان لان الفقيه وغيره يستوى في معرفة أنها الامتناع عن الافعال الموجبة للفساد في الزنا ضياع الذرية وامانتها معنى بسبب اشتباه النسب ولا يلزم عوت الولد مع ما فيه من تهمه الناس البراء وغيره ولذا ندب عموم الناس الى حضور حده ورجه وفي باقي الحدود زوال العقل وفساد الاعراض وأخذ أموال الناس وفي هذه الامور كوز في العقول ولذا لم تجع الاموال والاعراض والزنا والسكر في مله من الملل وان أبيع الشرب وحين كان فساد هذه الامور عاماً كانت الحدود التي هي مانعة منها حقوق الله على الخلوص فان حقوقه تعالى على الخلوص أبداً تفيد مصالح عامة ولذا قال المصنف والمقصود من شرعيته الانزجار عما ينضرب به العباد والعبادة المشهورة في بيان حكمه شرعيتها الزجر الا أنه لما كان الزجر براد لا انزجار عدل المصنف الى قوله الانزجار الا أن قوله والظهاره ليست بأصلية الى آخره أي الطهارة من ذنب بسبب الحد يفيد أنه مقصوداً بضامن شرعيتها لكنه ليس مقصوداً أصلياً بل هو تبع لما هو الاصل من الانزجار وهو خلاف المذهب فان المذهب ان الحد لا يعمل في سقوط اثم قبل سببه أصلاً بل لم يشرع الا لتلك الحكمة (١) وأما ذلك فقول طائفة كثيرة من أهل العلم واستدلوا عليه بقوله صلى الله عليه وسلم فيماني البخاري وغيره ان من أصاب من هذه المعاصي شيئاً فعوقب به في الدنيا فهو كفارته ومن أصاب منها شيئاً فستره الله فهو الى الله ان شاء عفا عنه وان شاء عاقبه واستدل الاصحاح بقوله تعالى في قطاع الطريق ذلك أي التقبيل والصلب والنقي بان لهم خزي في الدنيا واهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا فأخبر أن جزاء فعلهم عقوبة ذنوبية وعقوبة أخرى بالامن تاب فانها حينئذ تسقط عنه العقوبة الاخرية وبالاجماع للاجماع على ان التوبة لا تسقط الحد في الدنيا ويوجب أن يحمل الحديث على ما اذا تاب في العقوبة لانه هو الطاهر لان الطاهر أن ضربه أو رجه يكون معه توبة منه لذوقه مسبب فعله فيقيد به جعابن الادلة وتقييد الظني عند معارضة القطعي له متعين بخلاف العكس وانما أراد المصنف أنه لم يشرع للطهارة فاداء بعبارة غير جيدة ولذا استدل عليه بشرعيته في حق الكافر ولا طهارة في حقه من الذنب بالحد يعني أن عقوبة الذنب لم ترتفع بمجرد الحد بل بالتوبة معه ان وجد ولم تتحقق في حقه لان التوبة عبادة وهو ليس من أهلها وأما من يقول ان الحد بمجرد سقوط اثم ذلك السبب الخاص الذي حد به فان قال ان الحد لا يسقط عن الكافر يحتاج الى دليل سمعي في ذلك اذا سمع انما يوجب لزوم عقوبة الكفر في حقه لا بتضاعف عذاب الكفر عليه فاذا فرض أن الله سبحانه جعل الحد مسقطاً للعقوبة معصية صار الفاعل لها اذا حد بمسئلة ما اذا لم يفعلها فلا يضم الى عذاب الكفر عذاب تلك المعصية اذا حد بها الكافر الا أن يدل دليل سمعي على ذلك وأما الاستدلال على عدم كون الحد مسقطاً بأنه يقام عليه وهو كاره له فليس بشيء بل هو ازال التكفير بما يصيب الانسان من المكاره والله أعلم ثم تحقيق العبارة ما قال بعض المشايخ انها موانع قبل الفعل زواج بعده أي العلم بشرعيته يمنع الاقدام على الفعل وابقاعها بعده يمنع من العود اليه (قوله الحد لغة المنع) وعليه قول نابغة ذبيان الاسلام ان قال الله له قم في البرية فاحدد هاعن الفند وهو الخطأ في القول والفعل وغير ذلك مما يلام صاحبه عليه كذا ذكره العلم في شرح ديوانه وكل مانع شيء فهو حادله وحداد اذا صيغ للبالغة ومنه قيل للبواب لمنع من الدخول والسجان حداد لمنع

لما فرغ من ذكر الايمان وكفارتها الدائرة بين العبادة والعقوبة أو رد عقوبتها العقوبات المحضة ومحاسن الحدود كثيرة لما أنها ترفع الفساد الواقع في العالم وتحفظ النفوس والاعراض والاموال سالمة عن الابتذال وأما سببها فسبب كل منها ما أضيف اليه مثل حد الزنا وحده القذف وغيرهما وأما تفسيره لغة وشريعة والمقصود الأصلي من شرعه وهو الحكم فقد ذكره في الكتاب وقوله (الانزجار عما ينضرب به العباد) يريد به افساد الفرش واضاعة الانساب واتلاف الاعراض والاموال وكلامه يشير الى أن الحدود تشتمل على مقصد أصلي يتحقق بالنسبة الى الناس كافة وهو الانزجار عما ينضرب به العباد وغير أصلي وهو الطهارة عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة الى من يجوز زوال الذنوب عنه لا بالنسبة الى الناس كافة ولهذا شرع في حق الكافر الذم ولا يظهر عن ذنبه باجراء الحد عليه

كتاب الحدود

(قوله وأما سببها فسبب كل منها ما أضيف اليه مثل حد الزنا وحده القذف وغيرهما) أقول في العبارة نوع ركازة

(١) قول الكمال وأما ذلك أي كون الطهارة مقصودة من الحد قصداً تبعياً للزجر كذا بهامش اه

من

قال (الزنا يثبت بالبينة والاقرار) الزنا بعد وبقصر فالحصر لغة أهل الحجاز والمد لا هل نجد قال الفرزدق
أبا حاضر من زن يعترف زناؤه * ومن يشرب الخمر طوم يصبح مسكرا
بخطاب رجل لا يكتفى أبا حاضر والخمر طوم الخمر والمسكر بفتح الكاف المخمور (١١٣) وتفسيره في الشرع قضاء المكلف

شهوته في قبل امرأته خالية
عن الملكين وشبهتهما
لاشبهة الاشتباه وتمكين
المرأة من ذلك واختيار لفظ
القضاء إشارة إلى أن مجرد
الإبلاج زنا ولهذا يثبت به
الغسل والمكلف يخرج
الصبي والمجنون والمراد
بالمالكين ملك النكاح وملك
اليمين وبشبهة ملك النكاح
ما إذا وطئ امرأة تزوجها
بغير شهود أو بغير إذن مولاهما
وما أشبهه وبشبهة ملك
اليمين ما إذا وطئ جارية
ابنه أو مكاتبه أو عبده
المأذون المديون وبشبهة
الاشتباه ما إذا وطئ الابن
جارية أبيه على ظن أنها
تخل له والزنا يثبت بالبينة
والاقرار قال المصنف
(والمراد بثبوت عند الامام)
وانما قال كذلك لان الزنا
على التفسير المذكور يثبت

بفعله ما ويتحقق في الخارج
وان لم يكن هناك لا يثبت
ولا اقرار وانما انحصرت في
ذلك لانه لا يظهر ثبوته بعلم
القاضي لانه ليس بحجة في
هذا الباب وكذلك في
سائر الحدود الخالصة لقوله
نعالى فاذ لم يأتوا بالشهادة
فأولئك عند الله هم

قال (الزنا يثبت بالبينة والاقرار) والمراد بثبوت عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان
الصدق فيه مرجح لاسيما فيما يتعلق بثبوت مضره ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيمكن
بالتظاهر

من الخروج بلا شك وان كان البيت الذي استشهد به لا يفسد وهو قوله
يقول الى الحداد وهو يقودني * الى السجن لا تجزع فباك من باس
فانه لا يلزم كون القائل الذي كان يقوده هو السجن لجواز أن يكون غيره ممن يوصله اليه فانه حداد له
اذ عنعه من الذهاب الى حال سبيله وللخمار حداد لضعفه الخمر في قول الاعشى
فقمنا ولما أصبح ديبكنا * الى جونة عند حدادها
وسمى أهل الاصطلاح المعترف للماهية حدا للضعفه من الدخول والخروج وحدود الدار من باباتها المنعها عن
دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها اليه وفي الشرع قال المصنف هو العقوبة المقدرة حقا لله فلا يسمى
القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشايخ وهذا لان المقدرونوع
منه وهو التعزير بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من حبس وعرك أذن وغيره على ما
سأق في ان شاء الله تعالى وهذا الاصطلاح هو المشهور وفي اصطلاح آخر لا يؤخذ القيد الاخير فيسمى
القصاص حدا فالحد هو العقوبة المقدرة شرعا غير أن الحد على هذا قسمان ما يصح فيه العفو وما لا يقبله
وعلى الاول الحد مطلقا لا يقبل الاسقاط بعد ثبوت سببه عند الحاكم وعليه ابتنى عدم جواز الشفاعة
فيه فانما يطلب ترك الواجب ولذا أنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على أسامة بن زيد حين شفع في
الخزومية التي سرقته فقال أتشفع في حد من حدود الله وأما قبل الوصول الى الامام والاثبات عنده تجوز
الشفاعة عند الرفع له الى الحاكم ليطلقه وعن قال به الزبير بن العوام وقال اذا بلغ الى الامام فلا عفا الله
عنه ان عفا وهذا لان وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت فالوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل على الامام عند
الثبوت عنده (قوله الزنا يثبت بالبينة والاقرار) ابتداء بحد الزنا لكثرة وقوع سببه مع قطعته عن
كتاب الله تعالى بخلاف السرقة فانها لا تكثر كثرة الشرب وان كفر فليس حده بتلك القطعية
والزنا مقصور في اللغة الفصحى لغة أهل الحجاز التي بها جاء القرآن قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا وتعد في
لغة مجذوع عليها قال الفرزدق

أبا طاهر من زن يعترف زناؤه * ومن يشرب الخمر طوم يصبح مسكرا
بفتح الكاف وتشديدها من التسكر والخمر طوم من أسماء الخمر قال والمراد بثبوت عند الحاكم أما ثبوته في
نفسه فبايجاد الانسان للفعل لانه فعل حسي وسيد كالمصنف تعريف الزنا في باب الوطء الذي يوجب الحد
وهناك تتكلم عليه وخص بالبينة والاقرار لثبوت ثبوته بعلم الامام وعليه جاهر العلماء وكذا سائر الحدود
وقال أبو ثور ونقل قولاً عن الشافعي انه يثبت به وهو القياس لان الحاصل بالبينة والاقرار دون الحاصل
بمشاهدة الامام قلنا نعم لكن الشرع أهدر اعتباره بقوله تعالى فاذ لم يأتوا بالشهادة فأولئك عند الله هم
الكاذبون ونقل فيه إجماع الصحابة وقول المصنف لانهم دليل ظاهر تعليل للواقع من النصوص الدالة
على ثبوته بالبينة والاقرار فانما يثبت بها غير مفتقر الى هذا المعنى وحاصله لما تذا القطار اكتفى بالتظاهر

(١٥ - فتح القدير رابع) الكاذبون وقوله (معرة ومضره) المضرة ضرر ظاهر على البدن والمعرة ضرر يتصل

بيده ويسرى الى باطنه من حقوق العار بانسابه الى الزنا

(قوله وتفسيره في الشرع الخ) أقول تفسير الزنا العام لما يوجب الحد وما لا يوجب (قوله وشبهتهما الخ) أقول ليعلم الزنا الذي لا يوجب الحد
(قوله وتمكين المرأة الخ) أقول تعريف لزنا المرأة (قوله إشارة) أقول وجه الإشارة مستور

قال (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود على رجل أو امرأة بالزنا) لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقال عليه السلام للذي قذف امرأته اثبت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك ولأن في اشتراط الأربعة بتحقيق معنى السر وهو مندوب إليه والاشاعة ضده

وقوله (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ظاهر وقوله (ولأن في اشتراط الأربعة تحقيق معنى السر) احتراز عن قول من يقول انما اشتراط الأربع لأن الزنا لا يتم الا باثنين وفعل كل واحد لا يثبت الا بشهادة شاهدين فإنه ضعيف لأن فعل الواحد كما يثبت بشهادة شاهدين كذلك يثبت بها فعل الاثنين وانما الصواب أن الله تعالى أحب السر على عباده وشرط زيادة العدد لتحقيق معنى السر وقوله (وهو) أي السر (مندوب إليه) قال صلى الله عليه وسلم من أصاب منكم من هذه القاذورات شيئا فليستر بستر الله وقال من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة (والاشاعة ضده) أي اظهار الزنا ضد ستر الزنا فكان وصف الاشاعة على ضد وصف الستر لا محالة ثم لما كان السر أمرا مندوبا إليه كانت الاشاعة أمرا مذموما

وهو في البينة وفي الاقرار أظهر لأن الاقرار بسبب الحدي يستلحق مضرة في البدن ومغرة في العرض توجب نكابة في القلب فلم يكن الاقدام عليه الامع الصدق دفعا للضرر الآخرة على القول بسقوطه بالحديثان لم يثبت وقصدا الى تحقيق النكابة لنفسه اذ ورطته في أسباب منخط الله تعالى لينال درجة أهل العزم (قوله فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ليس فيهم امرأة (على رجل أو امرأة بالزنا) ويجوز كون الزوج منهم عندنا خلافا للشافعي هو بقول هو منهم ونحن نقول التهمة ما توجب جرمه ورفع الزوج مدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلو الفراش خصوصا اذا كان له منها أولاد صغار وانما كانت الشهود أربعة بقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وأما الحديث الذي ذكره المصنف وهو قوله صلى الله عليه وسلم للذي قذف امرأته بالزنا يعني هلال بن أمية اثبت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك والاحتفاء في ظهرك فلم يحفظ على ما ذكره البخاري أنه عليه الصلاة والسلام قال البينة والاخذ في ظهرك نعم أخرج أبو يعلى في مسنده حديثا مسلم بن أبي مسلم الجرمي حدثنا محمد بن الحسين عن هشام عن ابن سيرين عن أنس بن مالك قال أول لعان كان في الاسلام أن شريك بن حذافه قذفه هلال بن أمية بامرأته فرفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم أربعة شهود والاخذ في ظهرك والمسئلة وهي اشتراط الأربعة قطعية مجمع عليها ثم ذكر أن حكمة اشتراط الأربعة تحقيق معنى السر المندوب اليه واقتصر عليه لتفي قول من قال ان حكمته أن شهادة الزنا تتضمن الشهادة على اثنين وفعل كل واحد يحتاج الى اثنين فلزمت الأربعة أما ان فيه تحقيق معنى السر فلا أن الشيء كلما كثرت شروطه قل وجوده فان وجوده اذا توقف على أربعة ليس كوجوده اذا توقف على اثنين منها فيتحقق بذلك الاندراء وأما انه مندوب اليه فلما أخرج البخاري عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا بنفس الله عنه كربة من كرب الآخرة ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة والله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه وأخرج أبو داود والنسائي عن عتبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من رأى عورة فسترها كان كمن أحيى مائة وادان كان الستر مندوبا اليه ينبغي أن تكون الشهادة به خلاف الأولى التي مرجعها الى كراهة التنزيه لانها في رتبة الذنب في جانب الفعل وكراهة التنزيه في جانب الترك وهذا يجب أن يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به أما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخروا به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لأن مطلوب الشارع اخلاء الارض من المعاصي والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك وذلك بتحقيق بالتوبة من الفاعلين والزجر لهم فاذا ظهر حال الشره في الزنا مثلا والشرب وعدم المبالاة به واشاعته فإخلاء الارض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال بقايله ظهور عدمها من انصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر لاخلائه وهو الحدود بخلاف من زنى مرة أو مرارا منسترا متخوفا متندما عليه فإنه محل استعجاب ستر الشاهد وقوله عليه الصلاة والسلام لهزال في ما عزلو كنت سترته بشوكة الحديث وسيأتي كان في مثل من ذكرنا والله سبحانه أعلم وعلى هذا ذكره في غير مجلس القاضي واداء الشهادة يكون بمقتلة الغيبة فيه مجرم منه ما يحرم منها ويحتمل منه ما يحل منها وأما ان المختار في الحكمة ما ذكره المصنف فلا أن شهادة الاثنين كما تكون على فعل واحد تكون معتبرة على أفعال كثيرة كما لو شهدوا ان هؤلاء

(واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبعين زنى)

الجماعة قتلوا فلانا ونحوه فالعقل عليه ما ذكره المصنف (قوله) واذا شهدوا بالزنا سألهم الحاكم عن خمسة أشياء (عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبعين زنى) ثم استدل المصنف على وجوب هذه الاشياء بأنه صلى الله عليه وسلم استفسر ما عزا عن الكيفية وعن المزية ولان الاحتياط المطلوب شرعا في ذلك فهذا الوجه يعم الخمسة والسمي مقتصر على اثنين منها فاصله استدلاله على اثنين منها بدليلين وعلى الثلاثة الباقية بدليل واحد فان قيل الكلام في استفسار الشهود فكيف يستدل عليه باستفسار المقر وهو ما عر فالجواب أن علة استفساره بعينهما ثابتة في الشهود كما تستمع فوجب استفسارهم أمانه استفسره عن الكيفية ففيمما أخرج أبو داود والنسائي وعبد الرزاق في مصنفه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال جاء الاسلمى نبي الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه أنه أصاب امرأه حراما أربع مرات كل ذلك بعرض عنه فأقبل في الخامسة فقال أنسكتها قال نعم قال حتى غاب ذلك منك في ذلك منها قال نعم قال كما يغيب المروء في المكحلة وكما يغيب الرشاء في البثر قال نعم قال فهل تدري ما الزنا قال نعم أتيت منها حراما مثل ما يأتي الرجل من امرأته حلالا قال فما تريد بهذا القول قال أريد أن تطهرني فأمر به فرجم فسمع النبي صلى الله عليه وسلم رجلين من أصحابه يقول أحدهما لصاحبه انظر الى هذا الذي ستر الله عليه فلم تدعه نفسه حتى رجم رجم الكلب فسكت عنهما ثم سار ساعة حتى مر بجيفة حمار سائل برحله فقال أين فلان وفلان فقال نحن ذان يارسول الله فقال انزل افكلا من جيفة هذا الحمار فقالا ومن يأكل من هذا يارسول الله قال فما التمسنا من عرض أخيكما أنفا أشد من الأكل منه والذي نفسي بيده انه الآن لي أنهار الجنة ينغمس فيها وأما استفساره عن المزية ففيمما أخرجه أبو داود عن يزيد بن نعيم بن هزال عن أبيه قال كان ما عزم مالك في حجر أبي فأصاب جارية من الحلى فقال له أبي ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بما صنعت لعله يستغفر لك قال فأتاه فقال يارسول الله اني زنت فأقم علي كتاب الله فأعرض عنه فعاد حتى قالها أربع مرات فقال عليه الصلاة والسلام انك قد قلتم أربع مرات فبين قال بفلانة قال هل ضاجعتها قال نعم قال هل باشرتها قال نعم قال هل جاءتها قال نعم فأمر به أن يرحم فأخرج الى الحرة فلما وجد مس الحجرة خرج يشتد فلقبه عبد الله بن أنيس وقد عجز أصحابه فترع بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك فقال هلا تركتموه له أن يتوب فيتوب الله عليه ورواه عبد الرزاق في مصنفه فقال فيه فأمر به أن يرحم فرحم فلم يقتل حتى رماه عمر بن الخطاب بلحى بعير فأصاب رأسه فقتله وأما ان في الاستفسار عن الامور الخمسة الاحتياط فخافا لانه عساه غير الفعل في الفرج عنه بأن ظن بمحاسة الفرجين حراما زنا أو كان يظن أن كل وطء محرم زنا يوجب الحد فيشهد بالزنا فلهذا الاحتمال سألهم عن الزنا ما هو ولانه يحتمل كونه كان مكرها ويرى أن الاكراه على الزنا لا يتحقق فيكون مختارا فيه كما روى عن أبي حنيفة فيشهد به فلهذا سألهم عن كيفية وفي التحقيق هو حالة تتعلق بالزاني نفسه ثم يحتمل كون المشهود عليه زنى في دار الحرب وليس فيه حد عندنا فلهذا سألهم أين زنى ويحتمل كونه في زمان متقدم ولا حد فيه اذا ثبت بالبينة أو في زمن صباه فلهذا سألهم متى زنى وحد التقدم سيأتي ثم يحتمل كون المزني بها ممن لا يحسد بزناها وهم لا يعلمون بخارية ابنه أو كانت جارية أوزوجه ولا يعلمها الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حل لهؤلاء أن ينظروا في بيتي وكانت في بيت أحدكم كوة يبدون منها للنظر ما في بيت المغيرة فاجتمعوا عنده فشهدوا وقال المغيرة والله ما أتيت الا امرأتى ثم ان الله تعالى درأه عنه بعدم قول زياد وهو الرابع رأيت في المكحلة فخذ عمر رضي الله عنه الثلاثة ولم يحده لانه ما نسب اليه الزنا بل قال رأيت قد من مخضوبتين وأنفا ساعا لينة ولحافا يرتفع وينخفض

(واذا شهدوا سألهم الامام
عن الزنا ما هو) احترازا
عن الغلط في الماهية
(وكيف هو) احترازا عن
الغلط في الكيفية (وأين
زنى) احترازا عنه في المكان
(ومتى زنى) احترازا عنه في
الزمان (وعن المزية)
احترازا عنه في المفعول
به ويدل على وجوب السؤال
عن هذه الاشياء النقل
والعقل

(قوله) واذا شهدوا سألهم
الامام عن الزنا) أقول أؤت
خبر بأن سؤال الامام ليس
للاحتراز عن الغلط فيما
ذكره بل الغلط مطلوب لدرء
الحد وانه لا معنى للغلط في
المكان والزمان هنا فتأمل
(قوله الى ان ذكر الكاف
والنون) أقول يعني الى ان
ذكر لما عر الكاف والنون

أما الأول فلهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل ماعزاً إلى أن ذكر الكاف والنون يعني كلمة نكت لتكونه صريحاً في الباب والباقي كناية وأما العقل فلأن الاحتياط في ذلك واجب لأنه قد كان الفعل في غير الفرج عنه فلا يكون ماهية الزنا ولا كيفيته موجودة أو زنى في دار الحرب وهو لا يوجب الحد أو في المتقدم من الزمان وذلك بسقط الحد أو كان له في المزية شبهة يطلع عليها الشهود كوطه جارية ابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدره فاذا بينوا ذلك وقالوا رأينا وطئها في فرجها بآيات الماهية والمرنى بها كالميل في المكحلة بيان كيفيته وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدره لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بذلك وقال ادروا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة حيث اكتفى فيه بظاهر العدالة وهو الاسلام وتعديل السر والعلانية يأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى

لأن النبي عليه السلام استفسر ماعزاً عن الكيفية وعن المزية ولأن الاحتياط في ذلك واجب لأنه عساه غير الفعل في الفرج عنه أو زنى في دار الحرب أو في المتقدم من الزمان أو كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطه جارية ابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدره (فاذا بينوا ذلك وقالوا رأينا وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم) ولم يكتف بظاهر العدالة في الحدود احتيالا للدره قال عليه السلام ادروا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة وتعديل السر والعلانية بينه في الشهادات إن شاء الله تعالى

وهو لا يوجب الحد وأخرج عبد الرزاق في تفسيره بسنده عن عمر رضي الله عنه ثم سألهم أن يتوبوا فتاب انسان فقبلت شهادتهم ما وأبي أبو بكر أن يتوب فكانت شهادته لا تقبل حتى مات وعاد مثل العضوم من العبادة اهـ فلهذا يسألهم عن المزي بهامن هي وقياسه في الشهادة على زنا امرأة أن يسألهم عن الزاني بهامن هو فان فيه أيضاً احتمال المذكور وزيادة وهو جواز كونه صبياً أو مجنوناً بأن مكنت أحدهما فإنه لا يجب عليها في ذلك حد على قول أبي حنيفة ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم أنهم زنا لم يحسد المشهود عليه ولا الشهود لأنهم شهدوا بالزنا ولم يثبت قذفهم لأنهم لم يذكروا ما ينفي كون ما ذكروه زناً ليطهر قذفهم لغير الزاني بالزنا بخلاف ما لو وصفوه بغير صفة فانهم يحدون وصار كالمشهد أربعاً فساق بالزنا لا يقضى بشهادتهم ولا يحدون لأنهم باقون على شهادتهم غير أنهم لا يقبلون وعلى هذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على صدق مقالته بسقط به الحد عندنا بخلاف ما لو شهد ثلاثة وأبي الرابع فان الشهادة على الزنا قذف لكن عند تمام الحجة يخرج عن أن يكون قذفاً لم يتم بامتناعه بقى كلام الثلاثة قد فاجحدون ولو شهدوا فاسألهم فبين ثلاثة ولم يزدوا حد على الزنا لا يحد وما وقع في أصل المبسوط من أن الرابع لو قال أنه زان فستل عن صفته فلم يصفه أنه يحد جل على أنه قاله للقاضي في مجلس غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة (قوله وإذا بينوا ذلك وقالوا رأينا وطئها في فرجها كالميل في المكحلة) وهي بضم الميم والماء وهو حاصل جواب السؤال عن كيفية الزنا في الحقيقة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر بان يبعث ورقة فيها أسماءهم وأسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة والعلانية بأن يجمع بين المعدل والشاهد فيقول هذا هو الذي عدلته حكم بشهادتهم وهو الحكم بوجوب حده وهذا ما وعد المصنف بيانه في الشهادات وبقى شرط آخر وهو أن يعلم أن الزنا حرام مع ذلك كله ونقل في اشتراط العلم بجرمة الزنا إجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلماً يظهر عليه فسق كما كتفى بهما أبو حنيفة في الأموال احتيالا للدره ولما كان لزوم هذا على الحاكم موقوفاً على ثبوت إيجاب الدرهما أمكن استدلال عليه بما رواه أبو يعلى في مسنده من حديث أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود ما استطعتم ورواه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها عنه عليه السلام قال ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان لها مخرج فخلوا سبيله فان الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة قال الترمذي لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد ويزيد ضعيف وأسنده في علله عن البخاري يزيد منكر الحديث ذاهب وصححه الحاكم وتعقبه الذهبي به قال البيهقي والموقوف أقرب إلى الصواب ولا شك أن هذا الحكم وهو درء الحد مجمع عليه وهو أقوى وكان ذلك هذه كرام المستند الإجماع وأعلم أن القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود لا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لأن علمه بغيبه عن ذلك وهو أقوى من الحاصل له من تعديل المزكى ولو لا ما ثبت من إهدار الشرع علمه بالزنا في إقامة الحد بالسمع الذي ذكرناه لكان يحتمل بطلان الحكم لكن

قال في الاصل يحبس حتى يسأل عن الشهود واللاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلا بالتهمة بخلاف الدون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسألتك الفرق ان شاء الله تعالى قال (والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع مرات في أربعة مجالس من مجالس المقر كلما أقر رده القاضي فاشتراط الباطل والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر أو غير موجب للعقد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي يكفي بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور

ثبت ذلك هناك ولم يثبت في تعديل الشهود اهدار علمه بعد التهم فوجب اعتباره (قوله قال في الاصل) أي قال اذا وصف الشهود والاشياء المذكورة يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا الى ان يسأل عن عدالة الشهود لانه منهم وقد هرب ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط وليس بمشروع فيما يندري بالشبهات فان قيل الاحتياط في الحبس أظهر منه في اخذ الكفيل أجاب بان حبسه ليس للاحتياط بل هو تعزيز له لانه صار متهما بالفواحش بشهادة هؤلاء وان لم يثبت الزنا الموجب للعقد بعد وحبس المتهمين تعزيرا لهم جائز بخلاف ما اذا شهدوا بالدين لا يحبس المشهود عليه به قبل ظهور عدالة الشهود لان أقصى العقوبات بعد ثبوت العدالة والقضاء بموجب الشهادة الحبس فلا يجوز ان يفعله قبل ثبوت الحق بخلاف ما هنا فان بعد الثبوت عقوبته أغلظ وهذا هو الفرق الذي وعدده المصنف بقوله وسألتك الفرق وأما قوله حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة فأخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن حيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة زاد الترمذي والنسائي ثم خلى عنه حسنه الترمذي وصححه الحاكم وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عراك بن مالك قال أقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا بضيحان من مياه المدينة وعندهما ناس من غطفان معهم ظهر لهم فأصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من ابليهم واتهموا الغفاريين فأتواهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبس أحدا الغفاريين وقال لا تخرأ ذهاب فالتمس فلم يك الا يسيرا حتى جاءهم ما فقال النبي صلى الله عليه وسلم لاحد الغفاريين استغفر لي فقال غفر الله لك يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ولك وقتك في سبيله قال فقتل يوم الجمعة (قوله والاقرار ان يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا أربع مرات) قدم الثبوت بالبينه لانه المذكور في القرآن ولان الثابت بها أقوى حتى لا يندفع الحد بالفرار ولا بالتقادم ولان الحاجة متعددة والاقرار قاصر ولا بد من كونه صريحا ولا يظهر كذبه ولذا قلنا لو أقر الاخرس بالزنا بكتابة أو إشارة لا يجد للشبهة بعدم الصراحة وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال أن يدعى شبهة كما لو شهدوا على مجنون انه زني في حال افاقته بخلاف الاعمي صح اقراره والشهادة عليه وكذا الخصى والعننين وكذا لو أقر قطهر مجبوا أو أقرت فظهرت رتقاء وذلك بأن تخبر النساء بانها رتقاء قبل الحد وذلك لان اخبارهن بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود وبالشبهة يندري الحد ولو أقر أنه زني بخبر ساء أو أقرت أنها زنت بأخرس لا حد على واحد منهما واختلف في اشتراط تعدد الاقرار فنفاه الحسن وجاد بن أبي سليمان ومالك والشافعي وأبو ثور واستدلوا بحديث العسيف حيث قال فيه واغدا يا أنيس على امرأه هنا فان اعترفت فارجهوا ولم يقل أربع مرات ولان الغامدية لم تقرأ أربعاء وانما رتقاء لانه شك في أمره فقال له أدك جنون وذهب كثير من العلماء الى اشتراط الاربع واختلفوا في اشتراط كونها في أربعة مجالس من مجالس المقر فقال به عليا وناونفاه ابن أبي ليلى وأحمد فيما ذكر عنه واكتفوا بالاربع في مجلس واحد وما في الصحيحين ظاهر فيه وهو ما عن أبي هريرة قال أتى رجل من المسلمين رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فقال يا رسول الله أتى زنت فأعرض عنه فتمتى تلقاه وجهه فقال يا رسول الله أتى زنت فأعرض عنه حتى بين

قال في الاصل (يحبس حتى يسأل عن الشهود) لانه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر به بعد ذلك ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما ينبغي على الدرة فان قيل الاحتياط في الحبس أظهر أجيب بأن حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير باللاتهام بالجناية وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة والفرق بينه وبين المديون سيأتي ان شاء الله تعالى قال (والاقرار ان يقر العاقل البالغ) صورة المسئلة ظاهرة على ما ذكره (قوله اعتبارا بسائر الحقوق) يعنى في سائر الحقوق العدد معتبر فكذلك ههنا

(قوله أجيب بأن حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير) أقول ولا يخفى عليك ان المستفاد من تعليل الحبس بقوله لانه لو خلى سبيله هرب هو أن يكون الحبس احتياطيا لا تعزيرا فليتأمل

وقوله (بخلاف زيادة العدد في الشهادة) يعني أنها تنقيد زيادة في طمأنينة القلب ونكرار الكلام ليس كذلك ولنا حديث ما عزاه جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال زينت فطهرني فأعرض عنه فجاء إلى الجانب الآخر وقال مثل ذلك فأعرض عنه فجاء إلى الجانب الثالث وقال مثل ذلك فأعرض عنه فجاء إلى الجانب الرابع وقال مثل ذلك فلما كان في المرة الرابعة قال النبي صلى الله عليه وسلم الآن أقررت أربعاً فمن زينت قال بـ لا لانه قال لعلك قبلتها علك بأمرتها أبي إلا أن يقر بصرح الزنا فقال أبك خبل أبك جنون وفي رواية بعث إلى أهله فقال هل تشكرون من عطفه شيئاً فقالوا لا فقال عن احصائه فأخبرناه محسن فأمر بـ رحمه وعن أبي بريدة قال كنا نتحدث في أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ما عز الوقع في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يـ رحمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهذا يدل على أن هذا الحكم كان متعارفاً فيما بينهم (١١٨) ووجه الاستدلال بحديث ما عز ما أشار إليه بقوله فانه أخر الأقامة وبنيانه

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم آخر إقامة الحد إلى أن تم الاقرار أربع مرات فلو كان الاقرار مرة واحدة كافيا لم يؤخر لان إقامة الحد عند ظهوره واجبة وتأخير الواجب لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم فان قال قائل اذا لم يثبت الحد باقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطء لا يوجب الحد فيجب المهر واذاوجب المهر لا يجب الحد من بعد لان المهر والحد لا يجتمعان في وطء واحد أجيب بأن الاقرار أربع مرات لما اعتبر حجة لاثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالاقرار مرة واحدة وانما الحكم موقوف فان تمت الحجة وجب الحد وان لم تتم وجب المهر فان قيل انما أعرض النبي صلى الله عليه وسلم لانه استتراب في عقله فقد جاء أشعث أغبر متغير اللون الا انه لما أصر

بـخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ما عرفناه عليه السلام آخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربعة مجالس فلو ظهر بما دونها آخرها الثبوت الوجوب ولأن الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الإقرار أعظاما لأم الزنا وتحقيقا لمعنى السر ولا بد من اختلاف المجالس

ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبلك جنون قال لا قال هل أحصنت قال نعم فقال صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجوه فرجناه بالمصلى فلما أذلقتهم الحجارة هرب فأدركناه بالحرة فرجناه فهاذا ظاهر في أنه كان في مجلس واحد قلنا ثم هو ظاهر فيه لكن أظهر منه في إفادة أنهم في مجالس ما في صحيح مسلم عن أبي بريدة أن أنى النبي صلى الله عليه وسلم فرد ثم أتاه الثانية من الغد فرد ثم أرسل إلى قومه فسألهم هل تعلمون بعقله بأسا فقالوا ما نعلمه الا وفي العقل من صالحينا فأتاه الثالثة فأرسل إليهم أيضا فسألهم فأخبروه أنه لا بأس به ولا بعقله فلما كان الرابعة حفر له حفرة فرجه وأخرج أحمد واسحق بن راهويه في مسنديهما وابن أبي شيبة في مصنفه قال حدثنا وكيع عن إسرائيل عن جابر عن عامر عن عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبي بكر رضي الله عنه قال أتى ما عزم بن مالك النبي صلى الله عليه وسلم فاعترف وأنا عنده مرة فرد ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرد ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فرد فقلت له ان اعترفت الرابعة رجمك قال فاعترف الرابعة فحبسه ثم سأل عنه فقالوا لا نعلم الا خبرا فأمربه فرجم فصرح بتعدد الجحيم وهو يستلزم غيبته ونحن انما قلنا انه اذا غيب ثم عاد فهو مجلس آخر وروى ابن حبان في صحيحه من حديث أبي هريرة قال جاء ما عزم بن مالك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان لا بعددني فقال له ويلك وما يدريك ما الزنا فأمربه فطرد وأخرج ثم أتاه الثانية فقال مثل ذلك فأمربه فطرد وأخرج ثم أتاه الثالثة فقال مثل ذلك فأمربه فطرد وأخرج ثم أتاه الرابعة فقال مثل ذلك فدخلت وأخرجت قال نعم فأمربه أن يرجم فهذه وغيرها مما يطول ذكره ظاهر في تعدد المجالس فوجب أن يحمل الحديث الاول عليها وان قوله فتحنى تلقاه وجهه معدود مع قوله الاول اقرارا واحدا لانه في مجلس واحد وقوله حتى بين ذلك أربع مرات أي في أربعة مجالس فانه لا ينافي ذلك وقد دللت الاحاديث على تعدد المجالس فيحمل عليه وأما الكلام مع المكتفين بمرة واحدة فأما كون الغامدية لم تقر الا مرة واحدة فمنوع بل أقرت أربعاً بل عليه ما عند أبي داود والنسائي قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحدثون أن الغامدية وما عزم بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما لم يطلبهما وانما رجمهما بعد الرابعة فهذا نص في اقرارها أربعاً غاية ما في الباب انه لم ينقل تفاصيلها والرواة

على الاقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ثم أزال الشبهة بالسؤال فقال أبك خيل أبك جنون أجيب أما تغير الحال كثيرا فانه دليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون وانما قال النبي صلى الله عليه وسلم أبك جنون تلقينا لما يدرباه الحد كما قال لعلك قبلت وطئهم يرجع عن الزنا الى الوطء بشبهة فيسقط الحد عنه وكما قال للسارق أسرفت ما أخاله سرق والدليل عليه ما روى أن أبا بكر رضي الله عنه قال لما عزمنا أن نقرأ ثلثا ما أن أقررت الرابعة رجك فثبت أن هذا العدد كان ظاهرا عندهم وقوله (ولأن الشهادة) دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتباره بسائر الحقوق وتقريره أن سائر الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه أربعة ونصابها هنا ذلك فلما كانت إحدى الجنين مختصة بزيادة ليست في سائر الحقوق فكذلك في الحجة الأخرى اعظاما لاهم الزنا وتحققا لمعنى السر ولا بد من اختلاف المجالس

(قوله فان قال قائل اذا لم يشب الحد باقراره الخ) أقول هذه معارضة

كثيرا ما يحدفون بعض صورة الواقعة على انه روى الزاري في مسنده عن زكريا بن سليم حدثنا شيخ من قريش
 عن عبد الرحمن بن أبي بكر عن أبيه فذكره وفيه أنها أقرت أربع مرات وهو يردّها ثم قال لها اذهبي
 حتى تلدي الحديث غير أن فيه مجهولا تميز جهالة بما يشهد له من حديث أبي داود والنسائي وأما
 كونه ردّ معاذا أربع مرات كان لاستراجه في عقله فان سلم لا يتوقف علم ذلك على الأربع والثلاثة
 موضوعه في الشرع لا لبلاء الاعذار كخيار الشرط جعل ثلاثا لان عندها لا يعذر المغبون والمترد
 يستحب أن يؤخر ثلاثا ليراجع نفسه في شبهته فلم تكن الأربع عددا معتبرا في اعتبار اقراره لم يؤخر
 رجه بعد الثالثة ومما يدل على ذلك ترتيبه صلى الله عليه وسلم الحكم عليها وهو مشعر بعلمها وكذا الصحابة
 فمن ذلك قوله عليه السلام في حديث هزال أنك قد قلتها أربعين زينة وهو حديث أخرجه أبو داود
 والنسائي والامام أحمد عن يزيد بن نعيم عن هزال عن أبيه قال كان معاوية بن مالك في حجر أبي فاصاب جارية
 من الحى فقال له أبى اثنتي عشرة مرة صلى الله عليه وسلم الحديث المتقدم وزاد فيه أحمد قال هشام
 فحدثني يزيد بن نعيم عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين رآه والله يا هزال لو كنت ستتره
 بشوبك لكان خيرا لك مما صنعت به قال صاحب التنقيح اسناده صالح ويزيد بن نعيم روى له مسلم وذكروا
 ابن حبان في الثقات وأبو نعيم ذكر في الثقات أيضا وهو مختلف في صحبته وقد روى ترتيبه صلى الله عليه
 وسلم على الأربع جماعة بالفاظ مختلفة فنها ما ذكرنا ومنها في لفظ أبي داود عن ابن عباس أنك قد شهدت
 على نفسك أربع مرات وفي لفظ لابن أبي شيبة أليس أنك قد قلتها أربع مرات وتقدم في مسند أحمد
 عن أبي بكر رضى الله عنه أنه قال له بحضرة صلى الله عليه وسلم ان اعترفت الرابعة رجلك الآن في اسناده
 جابرا الجعفي وكونه روى في الصحيح أنه رده مرتين أو ثلاثا في اختصار الراوى والافلا شك أنه أقر أربع
 وقوله في ذلك اللفظ شهدت على نفسك بؤنس منه انه اعتبر الاقرار بالشهادة فكما أوجب سبحانه في الشهادة
 على الزنا أربع على خلاف المعتاد في غيره فكذا يعتبر في اقراره انزال لكل اقرار منزلة شهادة واحد
 ولولم يكن ذلك لكان النظر والقياس يقتضيه واذن فقوله في حديث العسيف فان اعترفت فأرجها
 معناه الاعتراف المعهود في الزنا بناء على أنه كان معلوما بين الصحابة خصوصاً لمن كان قريبا من خاصة
 رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الصحابة هذا ونقل من حديث أبي هريرة في استفسار معاوية رجه
 بعد الخامسة وتأويله انه عد أحادا لا قارى فان فيها اقرارين في مجلس واحد كما قدمنا في الجمع فكانت
 خسا فان قيل يجوز كون رده ليرجع قلنا ينبغي أن يلقنه الرجوع ولكن في مجلس الاقرار الموجب
 ولو كان الاقرار الموجب هو الاول للقنه بعده لانه يطلقه مختارا في اطلاقه ليذهب وقد لا يرجع هكذا
 يوما بعد يوم وهذا لما علمت أن الإقامة مخاطب بها الامام بالنص اذا ثبت السبب عنده فيجرم عليه ان
 لا يفعل والافات المقصود من الايجاب غير انه اذا رجع قبل رجوعه فإيجاب السبب مقيد بعدم الرجوع
 قبل الإقامة وهذا لا يوجب جواز رده واخرجه ليذهب ويرجع وقد لا يرجع بل يذهب الى حال سبيله
 وهو مصر على الاقرار غير انه يقول في نفسه ان الاقرار بهذا الحق لا يوجب شيئا على الامام فيجاس في
 يته مصر على اقراره غير راجع عنه خصوصاً في زمن لم تعرف فيه تفاصيل هذه الاحكام للناس بعد
 وأما ما روى ان الغامدية قالت له عليه الصلاة والسلام أتريد أن تردني كما رددت معاذا والله انى لمبلى
 من الزنا فليس فيه دليل لاحد بل لما قالت له قال أما لا فاذهبي حتى تلدى فلما ولدت أنته بصبي في خرقة فقالت
 هذا قد ولدته قال فاذهبي فأرضيه حتى نطق به فلما فطمته أنته بالصبي في يده كسرة خبز قالت هذا
 يا نبى الله قد فطمته وقدأكل الطعام فدفع الصبي الى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها الى صدرها
 وأمر الناس أن يرجوها فرجوها فنقل خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها ففزع الدم على وجهه خالدها فسبها
 فسمع النبي صلى الله عليه وسلم سبه اباها فقال مه لا يا خالد فوالذى نفسى بيده لقد تابت نوبة لو تابها

لمارويين من انه صلى الله عليه وسلم أخر الأقامة الى أن تم الاقرار منه أربع مرات في أربعة مجالس (ولان لاتحاد المجلس أثر في جمع المنفردات فعنده) أي عند الاتحاد (تتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار) ألا ترى الى ما جاء في حديث ما عزر من اقراره خمس مرات وكان منها مرتان في جهة واحدة فلم نعتبر ذلك ولم يذهب اليه أحد من المجتهدين (والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه) في دفع الحد وفي بعض النسخ فيعتبر اختلاف مجلسه أي في وجوب الحد وقيل يعتبر مجلس القاضي ورده المصنف بقوله دون مجلس القاضي وقوله (والاختلاف بان يرد القاضي) ظاهر وقوله (لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار) دليله أن التقادم في الشهادة مانع لثمة الحق وهي غير موجودة في الاقرار وسيأتي بيان التقادم في باب الشهادة على الزنا

قال المصنف (ولان الشهادة الى قوله لأمر الزنا) أقول ليس فيه اثبات للتقدير بالقياس بل اثبات الزيادة على الواحد بلا تعيين عدد اذ بذلك يتم نفي مذهب الشافعي فتأمل قال المصنف (وقيل لو سأله جاز الخ) أقول قال الزيلعي والأصح انه يسأله لاحتمال انه زنى في صباه

لمارويين لان لاتحاد المجلس أثر في جمع المنفردات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي والاختلاف بان يرد القاضي كلما أقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن أبي حنيفة لانه عليه السلام طرد ما عزر في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة قال (فاذا تم اقراره أربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى وعن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد) لتتام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء يناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وكذا في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز بطوازه زنى في صباه (فان يرجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد أو في وسطه قبل رجوعه ونحلي سبيله) وقال الشافعي وهو قول ابن أبي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب الحد باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره

صاحب مكس لغفرله وليس في هذا انه اعتبر قولها فلم يرد لها غاية الامر أنه ردها وغيبها الى ولادتها ثم ردها الى فطامها لاتفاق الحال بان تثبت مع ثبوت حكم الرد مطلقا بسبب ظاهر في خصوص هذا الرد ولعلها كلما رجعت اليه يصدر منها ما هو اقرار اذ لا بد أن يقع في مجلسها شيء مما هي بصدد هذا ولم يكن ما تقدم مما يفيد أن اقرارها كان أربعاً غير انه لما كان المجلس جامعاً للمنفردات حتى بعد الواقع فيه واحداً وكان المقام مقام الاحتياط في الدرة اعتبر في الحكم بتعدد الاقرار برعدد مجالس المقر دون القاضي لانه الذي به يتحقق الاقرار وبه فارق الشهادة فان الاربع فيها اعتبر في مجلس واحد حتى لو جاؤا في مجالس حدودا لأنها كلام جماعة حقيقة فلا يمكن اعتبارها واحداً بخلاف اقرار المقر فانه من واحد فأمكن فيه اعتبار الاتحاد في اتحاد المجالس فاعتبر كذلك عند الامكان تحقيق الاحتياط وأما ما قيل ان اشتراط الاربع في الشهادة لان الشاهد يتهم بخلاف المقر فالثمة بعد العدالة والصلاح ممنوعة بل لاشك في الصدق وأصل التعدد وانما لزم حتى لزم الاثنان لا مكان النفس بيان فيذكره الآخر لا للثمة وزوالها بالآخر ويشترط في النساء كذلك أيضاً بالنص قال تعالى فتذكر أحدهما الاخرى غير ان المرأة انما تخاطب المرأة لا الرجل الاجنبي فلزم الاخرى لئلا كرها (قوله لانه عليه السلام طرد ما عزر في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة) لا يعرف بهذا اللفظ وأقرب الالفاظ اليه ما ذكرنا من حديث ابن حبان انه طرد وأخرج فارجع اليه (قوله فاذا بين ذلك) أي على وجه لا يتضمن دافعا للحد لزمه الحد ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول متى زنى وكذا في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وهذا السؤال لتلك الفائدة فاذا لم يكن التقادم مسقطا لم يكن في السؤال عنه فائدة ووجه الفرق بين الشهادة والاقرار في ذلك سبب كره المصنف في باب الشهادة على الزنا وهذا بخلاف سؤال عن زنى لانه قد يبين من لا يحد بوطئها كما ذكرنا في جارية بانه بخلاف ما لو قال في جوابه لا أعرف التي زنى بها فانه يحد لانه أقرب بالزنا ولم يذكر ما يسقط كون فعله زنا بل تضمن اقراره أنه لا ملك له في المزية لانه لو كان لعرفها لان الانسان لا يجهل زوجته وأمنته والحاصل أنه اذا أقر أربع مرات أنه زنى بامرأة لا يعرفها يحد وكذا اذا أقر أنه زنى بفلانة وهي غائبة يحد استحضارنا لحديث العسيف أنه حده ثم أرسل الى المرأة فقال فان اعترفت فارجعها ولان انتظار حضورها انما هو لاحتمال أن تذكر مسقطا عنه وعنائها ولا يجوز التأخير لهذا الاحتمال كما لا يؤخر اذا ثبت بالشهادة لاحتمال أن يرجع الشهود لان كلامهم شبهة الشبهة وبه لا يندري الحد ولو أقر أنه زنى بفلانة وكذبته وقالت لا أعرفه لا يحد الرجل عند أبي حنيفة وقال لا يحد وعلى هذا الخلاف اذا أقرت أنها زنت بفلان فأنكر فلان تمحده عندهما لا عنده (قوله وقال الشافعي يقيم عليه الحد) وهو قول ابن أبي ليلى والمسطور في كتبهم أنه لو رجع قبل الحد أو بعدما أقيم عليه بعضه سقط وعن أحمد كقولنا وعن مالك في قبول رجوعه روايتان فاستغنيانا عن تحرير دليل الشافعي وعلى تقديره فقوله كما اذا

كما اذا وجب بالشهادة وصار كالفصا ص وحدث القذف ولنا أن الرجوع خبر محتمل للصدق كالأقرار وليس أحدي كذب فيه فتتحقق الشبهة في الأقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو الفصا ص وحدث القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع (ويستحب للإمام أن يلقن المقر الرجوع فيه قول له لعلك استأوت قبلت) لقوله عليه السلام لما عز لعلك لمستها أو قبلتها قال في الأصل وينبغي أن يقول له الإمام لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة وهذا قريب من الأول في المعنى

فصل في كيفية الحد واقامته (واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت) لانه عليه الصلاة والسلام رجم ما عزا وقد أحسن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان

وجب بالشهادة تحريرا للجامع فيه انه انكار بعد الثبوت كما لو فرض أنهم شهدوا عليه وهو ساكت فلما سأله الحاكم الاسئلة الخمسة ونمت الحجة أنكر ولا يخفى أنه تكلف والحق أن الرجوع عن الأقرار بالزنا بعد الأقرار به محل وصحته شرعا حكم فيجب كون المحل الذي هو الأصل رجوعا عن أقرار بغيره وهو ليس بمنعنا في الشهادة نعم في الفصا ص وحدث القذف يعني لو أقرتهم ما ثم رجوع لا يقبل فكذلك لا يقبل في الزنا ولنا أن الرجوع خبر محتمل للصدق وليس أحدي كذب فيه فتتحقق به الشبهة في الأقرار السابق عليه فيندري بالشبهة لانه أرجح من الأقرار السابق فافهم بخلاف ما فيه حق العبد من الفصا ص وحدث القذف لان العبد يكذب في أخباره الثاني فينبغي عدم أثره في أخباره الأول بالكلمة (قوله ويستحب للإمام أن يلقن المقر الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام لما عز لعلك لمستها) روى في حديث ما عزا لعلك مسستها لعلك قبلتها وعند البخاري لعلك قبلت أو غزت أو نظرت وقال في الأصل ينبغي أن يقول له لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة والمقصود أن يلقنه ما يكون ذكره دارئلا للحد ليدركه كائنا ما كان كما قال أيضا عليه الصلاة والسلام للسارق الذي سرق ما إليه أسرفت وما أخاله سرق

فصل في كيفية إقامة الحد بعد ثبوت الحد تكون أقامته فذكر كيفية (قوله) وإذا وجب الحد وكان الزاني محصنا هذا من الأحرف التي جاء الفاعل منها على مذهب بفتح العين يقال أحسن يحسن فهو محسن في ألفاظ معدودة هي أسهب فهو مسهب إذا طال وأمعن في الشيء ومنه قول المصنف في خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الأسهاب وقيل لابن عمر ادع الله لنا فقال أكره أن أكون من المسيئين بفتح الهاء وألجج بالقاه والجيم افتقر فهو ملجج الفاعل والمفعول فيه سيان ويقال بكسرهما أيضا إذا فلس وعليه دين (قوله رجمه بالحجارة حتى يموت) عليه إجماع الصحابة ومن تقدم من علماء المسلمين وانكار الخوارج الرجم باطل لأنهم أنكروا حجية إجماع الصحابة جهل مركب بالدليل بل هو إجماع قطعي وان أنكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه لان ثبوت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة على وجود حاتم والآحاد في تفاصيل صورته وخصائصه أما أصل الرجم فلا شك فيه ولقد كوشف بهم عمر رضي الله عنه وكشف بهم حيث قال خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائل لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله ألا وإن الرجم حق على من زنى وقد أحسن إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف رواه البخاري وروى أبو داود أنه خطب وقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعينناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجننا من بعده واني خشيت أن يطول بالناس زمان فيقول قائل لا نجد الرجم الحديث وقال لولا أن يقال ان عمر زاد في الكتاب لم كتبنا على حاشية المصحف وفي الحديث المعروف أي المشهور المروي من حديث عثمان وعائشة وأبي هريرة وابن مسعود وفي الصحيحين من حديث ابن مسعود لا يحل دم امرئ مسلم إلا بأحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس

وقوله (كما اذا وجب بالشهادة) يعني أن الحد لا يبطل بانكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه فكذلك لا يبطل بانكاره بعد الأقرار لأنهما مجتبان فيه فتعتبر أحدهما بالأخرى فصار كالفصا ص وحدث القذف لا يقبلان الرجوع بعد الثبوت بالأقرار وقوله (فتتحقق الشبهة في الأقرار) يعني بالتعارض الواقع بين الخبرين المحتملين للصدق والكذب من غير مرجح لأحدهما وقوله (وهذا قريب من الأول في المعنى) أي قوله لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها في المعنى من حيث أن كل واحد منهما تلقين للرجوع كما أنه لو قال في كل واحد منهما ما ثم سقط الحد

فصل في كيفية الحد واقامته ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب الحد لان إقامة الحد بعد وجوبه وقوعا فآخره ذكره أو كلامه واضح

وقوله (وعلى هذا إجماع الصحابة) (١٢٢) أي على وجوب الرجم إذا كان الرائي محصنا وذهب الخوارج

إلى أن الحد في الزنا الجلد ليس إلا لأنهم لا يقبلون أخبار إلا ما دون ذلك خرق منهم للإجماع على أن حديث ما عزمه مشهور نقلته الأمة في الصدر الأول بالقبول والزيادة على الكتاب بمثل جارة

(قوله وعلى هذا إلى قوله على أن حديث ما عزمه رضي الله عنه) أقول في المبسوط أما الرجم فهو حد مشروع في حق المحصن ثابت بالسنة الأعلى قول الخوارج فإنهم ينكرون الرجم لأنهم لا يقبلون الأخبار إذا لم تكن في حيز التواتر اهـ فالشارح أن أراد بقوله على أن حديث ما عزمه الرد على الخوارج كما هو الظاهر ففيه بحث لا يخفى (قال المصنف وينتدئ الشهود برجمه الخ) أقول في المبسوط لكننا نستدل بحديث على كرم الله وجهه فإنه لما أراد أن يرمي شراحة الهمدانية قال الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فرجم العلانية أن يشهد على المرأة ما في بطنها وتعترف بذلك فيبدأ به الإمام ثم الناس ورجم السر أن يشهد أربعة على الرجل بالزنا فيبدأ الشهود ثم الإمام ثم الناس اهـ وفي محبب السرخسي بعد هذا

وعلى هذا إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم قال (ويخرج به إلى أرض فضاء وينتدئ الشهود برجمه ثم الإمام ثم الناس) كذا روى عن علي رضي الله تعالى عنه ولأن الشاهد قد يتجاسر على الأداء ثم يستعظم المبصرة فيرجع فكان في بدائه احتيال للدره وقال الشافعي رحمه الله لا تشترط بدائه اعتبارا بالجلد قلنا كل أحد لا يحسن الجلد فرما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لأنه أتلاف

بالنفس والتارك له يمينه المفارق للجماعة وروى الترمذي عن عثمان أنه أشرف عليهم يوم الدار وقال أنشدكم بالله أتعلون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل دم امرئ مسلم إلا بأحدى ثلاث زنا بعد احصان وارتداد بعد إسلام وقتل نفس بغير حق قالوا اللهم نعم قال فعلاهم تقتلونني الحديث قال الترمذي حديث حسن ورواه الشافعي في مسنده عن عثمان لا يحل دم امرئ مسلم إلا من أحدى ثلاث كفر بعد إيمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير نفس ورواه البزار والحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين والبيهقي وأبو داود والدارمي وأخرجه البخاري عن فعله صلى الله عليه وسلم من قول أبي قلابه حيث قال والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدًا قط إلا في ثلاث خصال رجل قتل بجريرة نفسه فقتل ورجل زنى بعد احصان ورجل حارب الله ورسوله وارتد عن الإسلام ولا شك في رجم عمر وعلى رضي الله عنهم ما ولا يخفى أن قول الخرج حسن أو صحيح في هذا الحديث برأيه المتن من حيث هو واقع في خصوص ذلك السند وذلك لا ينافي الشهرة وقطعية الثبوت بالتظافر والقبول والحاصل أن إنكاره إنكار دليل قطعي بالاتفاق فان الخوارج يوجبون العمل بالتواتر معناه وألفظا كسائر المسلمين إلا أن انحرافهم عن الاختلاط بالصحابة والمسلمين وترك التردد إلى علماء المسلمين والروايات وقعهم في جهالات كثيرة خلفاء السمع عنهم والشهرة ولذا حين عابوا على عمر بن عبد العزيز القول بالرجم لأنه ليس في كتاب الله الرجم بأعداد الكعات ومقادير الزكوات فقالوا ذلك لأنه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون فقال لهم وهذا أيضا فعله هو والمسلمون (قوله ويخرج به إلى أرض فضاء) لأن في الحديث الصحيح قال فرجناه يعني ما عزمه بالمصلي وفي مسلم وأبي داود فأنطلقنا به إلى بقية الغرق لأن المصلي كان به لأن المراد مصلي الجنائز فينتفق الحديثان وأما ما في الترمذي من قوله فأمر به في الرابعة فأخرج إلى الحرة فرجم بالحجارة فإن لم يتأول على أنه أتبع حين هرب حتى أخرج إلى الحرة والافهو غلط لأن الصحاح والحسان متطافرة على أنه إنما صار إليها هاربًا لأنه ذهب به إليها ابتداء ليرجم بها ولأن الرجم بين الجدران يوجب ضررًا من بعض الناس لبعض للضيق (قوله وينتدئ الشهود برجمه ثم الإمام ثم الناس) وهذا شرط حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن الشهود عليه ولا يحسدونهم لأن امتناعهم ليس صريحًا في رجوعهم ولو كان ظاهرًا فيه ففقيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وإن كان بحق كما تراه في المشاهد من امتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال للكل والاضحية بل ومن حضورها فكان امتناعهم شبهة في درء الحد عن الشهود عليه وهذا الاحتمال شبهة في امتناع الحد عنهم وقيل يحسدون والاول رواية المبسوط وقال الشافعي رحمه الله ليس شرطًا اعتبارًا بالجلد يعني إذا ثبت الحد بالشهادة على غير المحصن لا يشترط في إقامة الحد ابتداء الشهود وأجاب المصنف بالفرق بأن الجلد لا يحسنه كل أحد فقد يقع لعدم الخبرة مهلكا وهو غير مستحق بخلاف الرجم فإن المقصود منه الاهلاك فلا يلزم من عدم اشتراط ابتداءهم بالجلد عدمه في الرجم وهذا دفع للحاقه وأما اثبات المذهب فيقول على رضي الله عنه بناء على وجوب تقليد الصحابي فان قوله في ذلك ليس مما يدرك بالعقل معناه ليحمل على السماع لأنه عليه السلام بان امتناعهم دلالة الرجوع فان الشاهد ربما يتساهل في الأداء فعند مباشرة القتل يتعاطف ذلك فيندفع الحد بتحقيق هذه الدلالة وهذا هو قول المصنف لأنه

دلالة الرجوع وقول بعضهم انه شبهة الرجوع حقيقة والرجوع شبهة فاحتماله شبهة الشبهة وجها لا يندري الحد على ما عرف وسيأتي انما يصح بناء على أن الامتناع من الابتداء ليس ظاهرا في الرجوع بل يحتمله احتمالا مرجوحا فان الغالب على الناس خور الطباع عن القتل حتى يمنع كثير عن ذبح المباح كالأضحية والدجاجة فكيف بالاعلى فالامتناع عن قتله لا يكون ظاهرا في الرجوع بل ظاهرا فيما هو الغالب وهو عدم قتل الانسان فكان في الامتناع شبهة الرجوع لدلالته وهو غلط لاننا لم نشترط الابتداء بقتله بل برميته حتى لو رماه بحصاة صغيرة حصل الشرط فامتناعه عن مثل ذلك دليل رجوعه لكنه دليل فيه شبهة فانه اماره لا يقطع بوجود المدلول معه فكان ثبوت الرجوع عند الامتناع فيه شبهة والرجوع الذي فيه شبهة رجوع بخلاف شبهة الرجوع واحتماله لا يقال احتمال الرجوع رجوع والرجوع شبهة لان الثابت شبهة في الشهادة لاشبهه الشبهة فيها وحيز لزم كون الثابت بالامتناع رجوعا فيه شبهة كان الثابت قد فاقبه شبهة بخلاف صريح الرجوع فان به يظهر أن تلك الشهادة قد فاق شبهة فيجذبها هناك ولا يحدد دلالة الرجوع اذ لم تكن دلالة قطعية بوجودها المدلول قطعاً لثبوت الشبهة في القذف على ما ذكرنا وأما ثبوت ذلك عن علي رضي الله عنه فما أخرج ابن أبي شيبة رحمه الله قال حدثنا عبد الله بن ادريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أن عليا كان اذا شهد عنده اليهود على الزنا أمر الشهود أن يرجوا ثم يرجم هو ثم يرجم الناس فاذا كان باقراره بدأ هو فرجم ثم رجم الناس بعده قال وحدثنا أبو خالد الأحمر عن الحجاج عن الحسن بن سعد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن علي رضي الله عنه قال أبها الناس ان الزنا زنا السر وزنا العلانية فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرى ثم الامام ثم الناس وزنا العلانية أن يظهر الجبل أو الاعتراف فيكون الامام أول من يرى قال وفي يده ثلاثة أحجار فرماها بحجر فأصاب صدغها فاستدارت ورى الناس بعده وروى الامام أحمد في مسنده عن الشعبي قال كان لشراحة زوج غائب بالشام وانما جعلت فاجمها مولاها فقال ان هذه زنت فاعترفت فخلدها يوم الخميس ورجعها يوم الجمعة وحفر لها الى السرة وأنا شاهد ثم قال ان الرجم سنة سنار رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه أحد لكان أول من يرى الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها أقرت فأنأ أول من يرميها فرماها بحجر ثم رماها الناس ورواه البيهقي عن الأجلح عن الشعبي عن علي وفيه أنه قال لها لعل وقع عليك وأنت نائمة قالت لا قال فلعلك استكرهك قالت لا قال فأمر بها فحبست فلما وضعت ما في بطنها أخرجها يوم الخميس فضر بها مائة وحفر لها يوم الجمعة في الرحبة وأحاط الناس بها الحديث وفيه أيضا أنه صفهم ثلاث صفوف ثم رجها ثم أمرهم فرجم صف ثم صف ثم صف وأورد أن اثبات اشتراط البداءة بما زاد على النص بما هو دون خبر الواحد واصلاح الابراء أنه تقييد للقطعي المطلق فكان ككتيبه مطلق الكتاب به والجواب أن الحكم القطعي هنا هو مجموع وجوب الرجم ودرته بالشبهة فاذا دل دليل ظني على أن البداءة شرط لزم أن عدمها شبهة فيندري به الحد بحكم القطع بوجوب دره هذا الحكم القطعي بالشبهة وموت الشهود بسقط أو أحدهم وكذا اذا غابوا أو غاب أحدهم في ظاهر الرواية وهو احتراز عن رواية عن أبي يوسف أن بداهتهم مستحقة لاستحقة فاذا امتنعوا أو غابوا أو ما يؤيهم الحد وكذا بسقط الحد باعتراض ما يخرج عن أهلية الشهادة كما لو ارتد أحدهم أو عوى أو خرس أو فسق أو قذف فدل لافرق في ذلك بين كونه قبل القضاء أو بعده قبل إقامة الحد لان الامضاء من القضاء في الحدود وهذا اذا كان محصنا وفي غير المحصن قال الحاكم في الكافي بقاء عليه الحد في الموت والغيبة ولو كان أحدهم مقطوع اليدين أو مريضا لا يستطيع الرمي وحضروا برى القاضي ولو قطعت بعد الشهادة امتنعت الإقامة وقد يقال اذا كان شرطاً فقوات الشرط كيف كان يمنع المشروط

وقوله (فإن امتنع الشهود) قال في الإيضاح ولو امتنع الشهود أو بعضهم أو كانوا غيباً أو ماتوا أو مات بعضهم أو عوى بعضهم أو خرس أو جن أو ارتد أو قذف فحذم برجم المشهود عليه في قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد والرواية عن أبي يوسف وروى عنه أنهم إذا امتنعوا أو غابوا رجم الإمام ثم الناس وكذا في الذخيرة أيضاً على هذا ما قبله بظاهر الرواية راجع إلى امتناع الشهود عن الرجم بعد الحضور الخ وليس يختص بقوله وكذا إذا ماتوا أو غابوا وإذا سقط بامتناع أحدهم هل نخذل الشهود أو لا ذلك كرفي المبسوط أنه لا يقام الحد على الشهود لأنهم يثبتون على الشهادة وإنما امتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعاً عن الشهادة على الزنا ۞ واعلم أن ظاهر الرواية يفضي إلى اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فتأمل والغامدية امرأة من غامد حى من الأزدي في حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له (١٣٤)

(فإن امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد) لانه دلالة الرجوع وكذا إذا ماتوا أو غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط (وان كان مقرراً ابتداء الإمام ثم الناس) كذا روى عن علي رضي الله عنه وروى رسول الله صلى الله عليه وسلم للغامدية بحصة مثل الحصاة وكانت قد اعترفت بالزنا

وأيضاً عجزهم بالضعف ليس فوق عجزهم بالموت الآن شمس الأئمة فرق بأنهم إذا كانوا مقطوعى الأيدي لم تستحق البداهة بهم وأما ههنا فقد استحققت فإذا تعذر بالموت أو الغيبة صار كالماتوا امتنعوا وهذا تنقيح لشرطية بكون الشهود قادرين على الرجم ولا شك أن المعنى المسقط يجمعها ومما يبطل الشهادة ويسقط الحد أن يعترف المشهود عليه بالزنا قبل القضاء بالاتفاق ولو اعترف بعد القضاء بالحد عن البينة مرة يسقطه أبو يوسف لأن سقوطه في الوجه الأول كان لأن شرط الشهادة عدم الإقرار بفوات الشرط قبل العمل بها وقد علم أن الامضاء من القضاء بالاتفاق ولو اعترف بعد القضاء بالحد عن البينة وان كان مقرراً ابتداء الإمام ثم الناس) كذا روى عن علي رضي الله عنه وهو ما ذكرناه آنفاً وقوله وروى عليه الصلاة والسلام الغامدية بحصة مثل الحصاة رواه أبو داود عن زكريا بن عمران قال سمعت شيخاً يحدث عن أبي بكر عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية فحفر لها إلى السرة ثم ذكر أسناداً آخر وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحصاة ثم قال ارموا واتقوا الوجه فلما طفت أخرجها وصلى عليها ورواه النسائي والطبراني والبخاري وغيرهم وأنت تعلم أنه لو تم أمر هذا الحديث بالحصاة لم يكن فيه دليل على الاشتراط فالمعول عليه ما ذكرنا من كلام علي رضي الله عنه واعلم أن مقتضى هذا أنه لو امتنع الإمام لا يحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو منتف بمرجم ما عرّف أن القطع بأنه عليه الصلاة والسلام لم يحضره بل رجمه الناس عن أمره عليه الصلاة والسلام ويمكن الجواب بأن حقيقة ما دل عليه قول علي أنه يجب على الإمام أن يأمرهم بالابتداء اختباراً لثبوت دلالة الرجوع وعدمه وأن يتدبّر هو في الإقرار لينكشف للناس أنه لم يقصر في أمر القضاء بأن لم يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد فإذا امتنع حينئذ ظهرت أمارة الرجوع فامتنع الحد لظهور شبهة تقصيره في القضاء وهي دائرة فكان البداهة في معنى الشرط أذ لم يمتنع عن عدمه لعدم أنه جعل شرطاً بذاته وهذا في حقه عليه الصلاة والسلام منتف فلم يكن عدم رجمه دليلاً على سقوط الحد إذا لم يبدأ ۞ واعلم ۞ أن مقتضى ما ذكرناه لو بدأ الشهود فيما إذا ثبت بالشهادة يجب أن يثنى الإمام فلو لم يثنى الإمام يسقط الحد لا اتحاداً لما أخذ فيه مما قالوا ويستحب لكل من رجم أن يقصد قتله لانه المقصود ولانه يسير عليه إلا أن يكون ذا رجم محرم

(قوله واحد الروايتين عن أبي يوسف) أقول ولم يذكر عن أبي يوسف رواية غير هذه (قوله فعلى هذا ما قبله بظاهر الرواية الخ) أقول في المبسوط وعن أبي يوسف قال يؤمر الشهود بالبداهة إذا كانوا حاضرين حتى إذا امتنعوا لا يقام الرجم فإذا ماتوا أو غابوا يقام الرجم هنا لانه قد تعذر البداهة بهم بسبب لا يلحقهم فيه تهمة فلا يمنع إقامة الرجم كالماتوا مقطوعى الأيدي أو مرضى أو عاجزين عن الحضور بخلاف ما لو امتنعوا لأنهم صاروا متهمين بذلك ولكننا نقول حين كانوا مقطوعى الأيدي في الابتداء لم يستحق البداهة بهم للتعذر فأما ههنا فقد استحق البداهة بهم لتيسر ذلك عند الحكم فإذا تعذر ذلك بالموت أو الغيبة لا يقام الحد كالماتوا تعذر

بامتناعهم اهـ ونحن نقول فعلى هذا التقييد بظاهر الرواية مختص بقوله وكذا إذا ماتوا أو غابوا كما هو الظاهر المتبادر من كلامه اقتداءً بما في المبسوط (قوله واعلم أن ظاهر الرواية يفضي إلى اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فتأمل) أقول في صورة الموت والغيبة أحدهما شبهة الامتناع عن البداهة والثانية كون الامتناع رجوعاً فليتأمل وفي محيط السرخسي وروى عن محمد لو كان الشهود مقطوعى الأيدي أو مرضى لا يستطيعون الرمي فإن الإمام يرمي ثم الناس لأن فوات البداهة باعتبار عذر ظاهر لا يورث تهمة بخلاف الموت والغيبة لانه من الجائز أن لو كان حياً فعرض عليه الرمي يمتنع عن ذلك اهـ الآن المفهوم من قول المصنف لفوات الشرط خلاف ما ذكره الشارح (قوله وفي حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له) أقول يعني المكاس وهو العشار والمكس ما أخذه

وقوله (الأنه انتسخ في حق المحسن) بيانه ان قوله تعالى الزانية والزاني (١٢٥) فاجلدوا الانية عام في المحسن وغيره الا أنه

انتسخ في حق المحسن بآية أخرى نسخت تلاوتها وبقي حكمها روى ابن عباس أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب فقال ان الله بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناه ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجعنا من بعده واني خشيت ان طال بالناس الزمان أن يقول قائل ما نجد آية الرجم في كتاب الله فبطلوا بتلك فريضة أنزلها الله عز وجل فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا قامت البينة أو كان حرا أو اعترف وأيم الله لو أن يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبناه بيمينه الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجوهما البتة نكالا من الله والله عزير حكيم وكانت خطبته هذه بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكانت هذه الآية نسخت حكم عموم قوله تعالى فاجلدوا في غير المحسن وانتسخت تلاوتها بصرفها عن القلوب لحكمة يعلمها الله

(قوله فكانت هذه الآية نسخت عموم قوله تعالى فاجلدوا في غير المحسن) أقول فيه بحث والصواب في المحسن فتأمل

(ويغسل ويكفن ويصلى عليه) لقوله عليه السلام في ما عزا صنعوا به كما تصنعون بموتنا كم ولأنه قتل بحق فلا يسقط الغسل كرامة لقوله عليه السلام على الغامدية بعد ما رجعت (وان لم يكن محصنا وكان حرا فجدده مائة جلدة) لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا أنه انتسخ في حق المحسن فبقى في حق غيره معمول به

منه فلا يقصده ويكتفي بغيره فيه (قوله ويغسل ويكفن ويصلى عليه) لقوله صلى الله عليه وسلم في ما عزا صنعوا به الحديث) وروى ابن أبي شيبة عن أبي معاوية عن أبي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن أبي بريدة عن أبيه بريدة قال لما رجم معاوية قالوا يا رسول الله ما تصنع به قال اصنعوا به ما تصنعون بموتنا كم من الغسل والكفن والحنوط والصلاة عليه وأما صلواته عليه الصلاة والسلام على الغامدية فآخر جه الستة البخاري من حديث عمران بن الحصين ان امرأته من جهينة أتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت يا نبي الله أصبت حدا فأفقه علي الحديث بطوله الى أن قال فأمر به فخرجت ثم صلى عليها فقال له عمر أتصلي عليها يا نبي الله وقد زنت فقال لقد تابت توبة لو سمعت على سبعين من أهل المدينة لو سمعتهم وهل وجدت توبة أفضل من أنها جاءت بنفسها لله وفي صحيح البخاري من حديث جابر في أمر معاوية قال ثم أمر به فخرج وقال له النبي صلى الله عليه وسلم خيرا وصلى عليه قال ابن القطان قيل للبخاري قوله وصلى عليه فله غير معمر قال لا ورواه الترمذي وقال حسن صحيح ورواه غير واحد منهم أبو داود وصححه وأما ما رواه أبو داود من حديث أبي برزة الأسلمي أنه صلى الله عليه وسلم لم يصل على معاوية ولم ينه عن الصلاة عليه ففيه مجاهيل فان فيه عن أبي بشر أنه قال حدثني نفر من أهل البصرة عن أبي برزة نعم حديث جابر في الصحيحين في معاوية وقال له خيرا ولم يصل عليه معارض صريح في صلواته عليه لكن المتيقن أولى من النافي لكن على أصول الحنفية وهو ان النبي اذا كان من جنس ما يعرف بدليل يساوي الاثبات ويطلب الترجيح بغيره لا ينتهض لان هذا النبي وهو كونه لم يصل عليه من ذلك اذ لا شك أن الصحابي اذا شهد الصلاة بتمامها يعلم عدم صلواته عليه عليه الصلاة والسلام أو صلواته فيطلب الترجيح بغير ذلك وعن هذا ذهب مالك الى أنه يصلى عليه غير الامام والحاصل أن الصلاة عليه شرعا لا شك فيها فانه مسلم قتل بحق فيغسل ويصلى عليه كالمقتول قصاصا بخلاف الشهيد فانه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الاثر شاهدا له ولاظهار زيادة تشريفه بقيام أثر الشهادة يوم القيامة وأما أنه عليه الصلاة والسلام صلى على معاوية في حيز التعارض والغامدية من بني غامد حتى من الازد قاله المبرد في الكامل وفي كتاب أنساب العرب غامد بطن من خزاعة وقد سمعت في حديث عمران بن الحصين أنت امرأة من جهينة (قوله وان لم يكن محصنا وكان حرا فجدده مائة جلدة) لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وانما قدم الزانية مع ان العادة عكسه لانها هي الاصل اذ الداءية فيها أكثر ولولا تمكينها لم يكن وهذا عام في المحسن وغيره انتسخ في حق المحسن قطعاً ويكفي نافي تعيين الناسخ القطع برجم النبي صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهو أولى من ادعاء كون الناسخ الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجوهما البتة نكالا من الله والله عزير حكيم لعدم القطع بثبوت كونها قرآنا ثم انتسخ تلاوتها وان ذكرها عمر وسكت الناس فان كون الاجماع السكوني حجة مختلف فيه وبقتدير حجة لا يقطع بان جميع المجتهدين من الصحابة كانوا انذاك حضورا ثم لا شك ان الطريق في ذلك الى عمر طي وللهذا والله أعلم قال علي رضي الله عنه فيما ذكرناه عنه ان الرجم سنة سنهار رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال جلدتها بكتاب الله ورجعها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينسبه الى القرآن المنسوخ التلاوة وعرف من قوله ذلك أنه قائل بعدم نسخ عموم الآية فيكون رأيه ان الرجم حكم زائد في حق المحسن ثبت بالسنة وهو قول قبل به ويستدل بقوله عليه الصلاة

قال (بأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضرب بامتنوسطا) لان عليا رضي الله عنه لما أراد ان يقيم الحد كسر
ثمرة والمتوسط بين المبرج وغير المولم لافضاء الاول الى الهلاك وخلاو الثاني عن المقصود وهو الانزجار
(وتنزع عنه ثيابه) معناه دون الازار لان عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود ودولان التجريد
أبلغ في ابصال الألم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فينبو فاه
(وبفترق الضرب على أعضائه) لان الجمع في عضو واحد قد يقضي الى التلف والحد زاجر لا متلف قال
(الاراسه ووجهه وفرجه) لقوله عليه السلام الذي أمره بضرب الحدائق الوجه والمدا كبرولان
الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضا فلا يؤمن فوات شئ منها بالضرب
وذلك اهلا لك معنى فلا يشرع حدا

والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وفي رواية أبي داود وروى بالحجارة وسياقي الكلام عليه
(قوله بسوط لا ثمرة له ضرب بامتنوسطا) قبل المراد بثمره السوط عذبته وذنبه مستعار من واحدة
ثمرة الشجر وفي الصحاح وغيره عقد اطرافه ورجح المطرزي ارادة الاول هنالما ذكر الطحاوي ان عليا
جلد الوليد بسوط له طرفان أربعين جلد فكانت الضربة ضربتين وفي الابضاح ما وافقه قال
ينبغي أن لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين وفي الدراية لكن
المشهور في الكتب لا ثمرة له أي لا عقدة عليه وقول المصنف في الاستدلال عليه لان عليا لما أراد ان
يقم الحد كسر ثمرة لا يحتمل الوجه الاول أصلا بل أحد الأمرين اما العقدة واما تليين طرفه بالحق اذا
كان باسأوه الظاهر وروى ابن أبي شيبة حديثا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسي عن أنس
ابن مالك قال كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرة ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به قلنا في زمن من
كان هذا قال في زمن عمر بن الخطاب والحاصل أن المراد أن لا يضرب به وفي طرفه ببس لانه حينئذ
يجرح أو يبرح فكيف اذا كان فيه عقدة وفيه ذلك ما روى عبد الرزاق عن يحيى بن أبي كسير
أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني أصبت حدا فاقه علي فدا عليه الصلاة
والسلام بسوط فأني بسوط شديده ثمرة فقال سوط دون هذا فأني بسوط مكسور لين فقال سوط فوق
هذا فأني بسوط بين سوطين فقال هذا فأمر به فجلد ورواه ابن أبي شيبة عن زيد بن أسلم أن النبي
صلى الله عليه وسلم أتى بسوط فذكره وذكره مالك في الموطأ والحاصل أن يجنب كل من الثمرة بمعنى
العقدة ومعنى الفرع الذي يصير ذنبين نعمما للشرك في النقي لانه عين العدمائة ولو تجوز بالثمرة
فما يشا كل العقدة ليع الجاز ما هو يابس الطرف على ما ذكرنا كان أولى فانه لا يضرب بعشله حتى يدق
رأسه فيصير متوسطا (قوله بين الموضع وغير المولم) فيكون مؤلما غير موجه فلزم انه أراد بالموضع المبرج
والالم يستقيم ووجه هذا ظاهر ولو كان الرجل الذي وجب عليه الحد ضعيف الحلقة تخفيف عليه
الهلاك يجلد جلد أخفيا يختمه (قوله وتنزع عنه ثيابه) الا الازار ليست عورته وبه قال مالك وقال
الشافعي وأحمد يترك عليه قميص أو قبضان لان الأمر بالجلد لا يقتضي التجريد وقول المصنف لان
عليا كان يأمر بالتجريد في الحد ويزاد عليه شارح الكفر فقال صح ان عليا كان يأمر بالتجريد في الحدود
فأبعد عما قال الخرج أنه لم يعرف عن علي بل روى عنه خلافه وروى عبد الرزاق بسنده عنه أنه أتى
برجل في حد بضربه وعليه كساء فسطا في قاعدا وأسند الى المغيرة بن شعبة في الحدود أينزع عنه
ثيابه قال لا الا أن يكون فروا أو محشوا وأسند عن ابن مسعود لا يجلد في هذه الامة تجريد ولا مد
(قوله وبفترق الضرب على أعضائه) لان جعه في عضو واحد قد يفسده واستثنى الرأس والوجه
والفرج وذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الذي أمره بضرب الحدائق الوجه والمدا كبر ولم
يحفظه الخرجون مرفوعا بل موقوف على علي رضي الله عنه أنه أتى برجل سكران أو في حد فقال

وقوله (بسوط لا ثمرة له) قال في الصحاح غير السباط
عقد أطرافها ومنه بأمر
الامام بضربه بسوط لا ثمرة
له يعني العقدة وقبل المراد
بالثمرة ذنبه وطرفه لانه اذا
كان له ذلك نصير الضربة
ضربتين وهذا أصح لما
روى أن عليا رضي الله عنه
جلد الوليد بسوط له طرفان
وفي رواية له ذنبان أربعين
جلد فكانت الضربة
ضربتين والاول هو المشهور
في الكتب والمبرح مأخوذ
من برح الحصى وغيرها يقال
برح به الأمر نبرح أي غلط
عليه واشندوا لهذا كبر جمع
الذكر الذي هو العضو وهو
جمع على خلاف القياس
كانهم فرقوا بذلك الجمع بين
الذكر الذي هو الفعل وبين
الذكر الذي هو العضو
وانما ذكر بلفظ الجمع ههنا
مع افراد قرينه وهو الوجه
لانه أراد به ذلك العضو المعين
وما حوله كقولهم شابت
مفارقة رأسه كذا في الصحاح
(قوله وهذا أصح لما روى
الخ) أقول فيه بحث اذ
لادلالة فيما ذكره على
ما ادعاء أصلا كما لا يخفى

وقال أبو يوسف رحمه الله يضرب الرأس أبضار جمع البسه وانما يضرب سوط القول أبي بكر اضربوا
الرأس فان فيه شيطانا فلنا تأويله أنه قال ذلك فبين أبي بكر قتله ويقال انه ورد في حربى كان من دعاة الكفرة
والاهلاك فيه مستحق

اضرب وأعط كل عضو حقه وائق الوجه والمذا كبر رواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما
وسعيد بن منصور وقال ابن المنذر وثبت عن عمر بن الخطاب أنه قال وقد أتني برجل اضرب واعط كل
عضو حقه قال روينا هذا القول عن علي وابن مسعود والنخعي رضي الله عنهم ولا شك أن معنى
ما ذكره المصنف في الصحيحين من حديث أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال اذا ضرب أحدكم
فليتق الوجه والمذا كبر ولا شك أن هذا ليس مراداً على الإطلاق لانا نقطع ان في حال قيام الحرب
مع الكفار لوجه لا أحد يضرب وجهه من يارزه وهو في مقابله حالة الجملة لا يكف عنه اذ قد يمنع
عليه بعد ذلك ويقتله فليس المراد الا من يضرب صبراً في حد قتل أو غير قتل وفي القتل صريح
ما تقدم من رواية أبي داود من حديث أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام رجم امرأة فحفر لها الى
الثنود ثم قال ارموا واتقوا الوجه وحينئذ فلا شك أن قول عمر وعلي رضي الله عنهما أعط كل عضو حقه
كما ذكره ابن المنذر هكذا مقتصر عليه عام مخصوص لانهم لا يريدان قطعاً ضرب الوجه والمذا كبر
ولما كان ذلك معلوماً لم يحتج الى ذكره بخصوص على أنه ذكر في رواية غيره عن علي رضي الله عنه كما
حكاه أنفاً وبما سمعته تعلم أن ما أورده المصنف دليل على بعض المطلوب والبعض الآخر هو ضرب
الرأس ملحق بالمعنى الذي ذكره وهو أنه يجمع الخواص الباطنة فربما نفساً وهو اهلاك المعنى وهذا
من المصنف ظاهر في القول بان العقل في الرأس الا أن يؤول وهي مختلفة بين الأصوليين وما قيل في
المنظومة والكافي ان الشافعي رحمه الله يخص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله صلى الله عليه
وسلم لهلال بن أمية البينة والاخت في ظهره غير ثابت في كتبهم بل الذي فيها كقولنا وانما تلك رواية
عن مالك أنه خص الظهر وما يليه وأجيب بان المراد بالظهر نفسه أي حد عليك دليل ما ثبت عن كبار
الصحاب عن عمرو وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وما استنبطناه من قوله صلى الله عليه وسلم اذا ضرب
أحدكم فليتق الوجه وأنه في نحو الحد فاسواء داخل في الضرب ثم خص منه الفرج بدليل الاجماع
وعن محمد رحمه الله في التعزير يضرب الظهر وفي الحدود الاعضاء والمذا كبر جمع ذكره معنى العضو
فرقوا في جمعه بين الذكركم معنى الرجل حيث قالوا ذكراً وذكراً وذكراً وذكراً وذكراً وذكراً وذكراً
باعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكراً كما قالوا شابت مفارقة وانما له مفرق واحد (قوله وقال أبو
يوسف بضرب الرأس ضربة واحدة رجع اليه) بعد أن كان أولاً يقول لا يضرب كما هو المذهب الحديث
أبي بكر الذي ذكره ورواه ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم ان أبا بكر رضي الله
عنه أتى برجل انتقى من أبيه فقال اضرب الرأس فان فيه شيطانا والمسعودي مضعف ولكن
روى الدارمي في مسنده عن سليمان بن يسار أن رجلاً يقال له صبيغ قدم المدينة فجعل يسأل عن
منشأه القرآن فأرسل اليه عمر وأعد له عراجين النخل فقال له من أنت فقال أنا عبد الله صبيغ فأخذ
عمر عرجونا من تلك العراجين فضربه على رأسه وقال أنا عبد الله عمرو جعل يضربه حتى دمي رأسه
فقال يا أمير المؤمنين حسبك فقد ذهب الذي كنت أجحد في رأسي وهذا في جواب المصنف
بان ذلك كان في مستحق القتل ولو قلنا ان واقعة أبي بكر رضي الله عنه كانت فيه فان ضرب عمر
الرأس كان لرجل مسلم وكذا ضرب أبي بكر الذي انتقى من أبيه هذا واستثنى بعض المشايخ
وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً الصدر والبطن وفيه نظر بل الصدر من المحامل والضرب بالسوط
المتوسط عدد يسير لا يقتل في البطن فكيف بالصدر ثم اذا فعل بالعصا كما يفعل في زماننا في

وقوله (من دعاة الكفرة)
الدعاة جمع داع كالفظة جمع
فاض أي كان يدعو الناس
اليهم

(ويضرب في الحدود كلها قائما غير مدود) لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قداما والنساء قعودا ولأن مبنى إقامة الحد على التشهير والقيام أبلغ فيه ثم قوله غير مدود فقد قيل المدان يلقى على الأرض وبعد كما يفعل في زماننا وقيل إن يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل إن يده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لأنه زيادة على المستحق (وإن كان عبدا جلدته خمسين جلدة) لقوله تعالى فعليه نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولأن الرق منقوص للنعمة فيكون منقضا للعقوبة لأن الجنابة عند توافر النعم أخف فيكون أدعى إلى التغليظ (والرجل والمرأة في ذلك سواء) لأن النصوص تشملهما (غير أن المرأة لا ينزع من ثيابها الا الفرو والحشو) لأن في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الألم إلى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان (وتضرب جالسة) لما روينا

بيوت الظلمة ينبغي أن لا يضرب البطن (قوله ويضرب في الحدود كلها) وكذا التعزير (قائما غير مدود) لقول علي رضي الله عنه الخ) روى عبد الرزاق في مصنفه قال أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن علي رضي الله عنه قال يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة في الحدود (ولأن مبنى الحد على التشهير) زجر العامة عن مثله (والقيام أبلغ فيه) والمرأة مبنى أمرها على الستر فيكتفى بتشهير الحد فقط بلا زيادة (وقوله غير مدود قيل المدان يلقى على الأرض كما يفعل في زماننا وقيل أن يمد السوط بأن يرفعه الضارب فوق رأسه وقيل أن يده بعد وقوعه على جسد المضروب على الجسد) وفيه زيادة ألم وقد يفضى إلى الجرح (وكل ذلك لا يفعل) فلفظ مدود معهم في جميع معانيه لأنه في النفي لجاز تعميمه وإن امتنع الرجل ولم يقف ويصبر لأبأس يربطه على اسطوانة أو عيسك (قوله وإن كان عبدا جلدته خمسين جلدة) لقوله تعالى فعليه نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء وهو أيضا ما يعرف من أول الكلام ولا فرق بين الذكور والانثى بتنقيح المناط فيرجع به إلى دلالة النص بناء على أنه لا يشترط في الدلالة أولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل المساواة تكفي فيه وقول بعضهم يمدون بطريق التغليب عكس القاعدة وهي تغليب الذكور والنص عليهم فقط لأن الكلام كان في تزوج الاماء بقوله تعالى فمن لم يستطع منكم طولا إلى قوله من فنيانكم المؤمنات ثم نعم حكمهن اذازنين ولأن الداعية فيهن أقوى وهو حكمة تقديم الزانية على الزاني في الآية وهذا الشرط أعنى الاحصان لا مفهوم له فان على الارقاء نصف المائة أحصنوا أو لم يحصنوا وأسند أبو بكر الرازي عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذازنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضعف وهو الجبل والقائلون بمفهوم المخالفة يجوزون أن لا يراد بدليل يدل عليه وروى مسلم وأبو داود والنسائي عن علي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم من أحصن ومن لم يحصن ونقل عن ابن عباس وطاوس أن لا حد عليها حتى تحصن بزواج وعلى هذا هو معتبر المفهوم الا أنه غير صحيح وقرئ إذا أحصن بالبناء للفاعل وتوول على معنى أسلمن وحين ألزم سبحانه نصف ما على المحصنات إذا أحصن لزم أن لا رجم على الرقيق لأن الرجم لا يتصف ولأن الرق منقوص للنعمة فتتقص العقوبة به لأن الجنابة عند توافر النعم أخف فيكون أدعى إلى التغليظ ألا ترى إلى قوله سبحانه وتعالى يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين (قوله والرجل والمرأة في ذلك سواء) لشمول النصوص إياهما فان كان كل منهما محصنا رجم والافعل كل الجلد أو أحدهما محصنا فعلى المحصن الرجم وعلى الآخر الجلد وكذلك في ظهور الزنا عند القاضي بالبينه أو الاقرار بكونه على ما شرط وقوله غير أن المرأة الخ استثناء من قوله سواء فلا ينزع عن المرأة ثيابها الا المحشوا والفرو (ولأن في تجريدها كشف العورة) لأن بدنها كله عورة لا ما عرف ووجهه ظاهر (وتضرب) المرأة (جالسة لما روينا) يعني

لقوله (لأنه زيادة على المستحق) قالوا الا أن يحجزهم عن الضرب قائما فلا بأس حيثئذ أن يشدوا بسارية ونحوها قال (وإن كان عبدا) أو أمة (جلده) أي إن كان من زنى عبدا أو أمة جلدته الامام (خمسين جلدة) لقوله تعالى فان أتيت بفاحشة (فعليه نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء) ودخل تحت حكمها العبيد وهو خلاف المعهود لأن المعهود أن تدخل النساء تحت حكم الرجال بطريق التبعية وكان هذا الاسلوب والله أعلم بناء على ان أسباب السفاح فيهن ودعوتهم اليه غالبية كما في تقديمهن في قوله تعالى الزانية والزاني ثم العذاب المذكور في الآية الجلد دون الرجم لأنه لا يتصف وقوله (لأن الجنابة عند توافر النعم أخف) أصله قوله تعالى يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين وقوله (لما روينا) يعني من حديث علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قداما والنساء قعودا

ولانه أستلها (وان حفر لها في الرجم جاز) لانه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية الى شذوتها وحفر على رضى الله تعالى عنه لشراحة الهمدانية وان تركه لا يضره لانه عليه الصلاة والسلام لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر أحسن لانه أسترو ويحفر الى الصدر لما روي بنا (ولا يحفر للرجل) لانه عليه السلام ما حفر لما عز ولان مبنى الإقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع (ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام) وقال الشافعي له أن يقيم لانه ولا يه مطلقه عليه كالا مام بل أولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام أربع الى الولاية وذ كرمها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها إخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد من كلام على (ولانه أستلها) (قوله وان حفر لها في الرجم جاز) لهذا ولذا حفر عليه الصلاة والسلام للغامدية الى شذوتها والتندوة بضم التاء والهمزة مكان الواو وبفتحها مع الواو مفتوحة والذال مضمومة في الوجهين ندى الرجل أو لحم التدين وما قبل الندى للمرأة والتندوة للرجل هو غير صحيح بحديث الذي وضع سيفه بين يديه (ولذا حفر على لشراحة الهمدانية) بسكون الميم وهي قبيلة كانت عبيدة على وقد مدحهم وقال في مدحهم لهم فلو كنت بوابا على باب الجنة * لقلت لهمدان ادخلي بسلام

وتقدم حديث شراحة وفيه من رواية أحمد عن الشعبي أنه حفر لها الى السرة ثم قال المصنف (وان ترك) الحفر (لم يضره لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر بذلك) يعني لم يوجب بناء على أن حقيقة الامر هو الايجاب وقال انه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية ومعلوم أن ليس المراد الا أنه أمر بذلك فيكون مجازا عن أمره والا كانت منافضة غريبة فان مثلها انما يقع عند بعد العهد أمامه في سطر واحد فغريب وهو هنا كذلك والله الموفق (قوله ولا يحفر للرجل لانه عليه الصلاة والسلام لم يحفر لما عز) تقدم من رواية مسلم وتقدم من روايته أيضا من حديث بريدة الأسلمي أنه حفر له وهو منكر لمخالفته الروايات الصحيحة المشهورة والروايات الكثيرة المتظافرة (قوله ولان مبنى الحد على التشهير في الرجال) لاجابة الى التخصيص بل الحد مطلقا مبنى على التشهير غير أنه يراد في شهرته في حق الرجل لانه لا يضره ذلك ويكتفى في المرأة بالخراج والانيان بها الى مجتمع الامام والناس وخصوصا في الرجم وأما في الجلد فقد قال تعالى وليشهد عذابهم ما طائفة من المؤمنين أي الزانية والزاني فاستحب أن يأمر الامام طائفة أي جماعة أن يحضروا إقامة الحد وقد اختلف في هذه الطائفة فعن ابن عباس واحد وبه قال أحمد وقال عطاء وسحق اثنان وقال الزهري ثلاثة وقال الحسن البصري عشرة وعن الشافعي ومالك أربعة وأما قوله (والربط والامساك غير مشروع) فلما تقدم من قول ابن مسعود وليس في هذه الامة تجريد ولا مد ولان ما عز اتصبلهم قائما لم يربط الا أن لا يصبروا عياهم حينئذ عسك فيربط فاذا هرب في الرجم فان كان مقر لا يتبع ونزل وان كان مشهودا عليه اتبع ورجم حتى يموت لان هربه رجوع ظاهرا ورجوعه يعمل في اقراره لا في رجوع الشهود وذكر الطحاوي صفة الرجم أن يصفوا ثلاثة صفوف كصفوف الصلاة كلما رجه صف تنحوا ولم يذكرة في الاصل بل في حديث على في قصة شراحة على ما قدمناه من رواية البيهقي عن الاجلج عن الشعبي وفيه أحاط الناس بها وأخذوا بالحجارة قال ليس هكذا الرجم اذن يصيب بعضكم بعضا صفوا كصف الصلاة صفا خلف صف الى أن قال ثم رجها ثم أمرهم فرجم صف ثم صف ثم صف ولا يقام حد في مسجد باجماع الفقهاء ولا تعزير الا ما روي عن مالك أنه لا بأس بالتأديب في المسجد خمسة أسواط قال أبو يوسف أقام ابن أبي ليلى الحد في المسجد فخطأ أبو حنيفة وفي الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشراءكم وبيعكم وإقامة حدودكم وجرؤهم في جمعكم وصفوا على أبوابها المطاهر ولانه لا يؤمن خروج النجاسة من المهدود فيجب نفيه عن المسجد (قوله ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام)

والشندوة بفتح الشاء والواو وبالضم والهمزة مكان الواو والذال في الخالتين مضمومة ندى الرجل أو لحم التدين والهمدانية بسكون الميم منسوبة الى همدان بسكون الميم حتى من العرب وقوله (لما روي بنا) يعني من حديث الغامدية حيث حفر لها الى الشندوة وقوله (والربط والامساك غير مشروع) يعني الا أن يعجزهم كاذ كراه وقوله (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم أربع الى الولاية وذ كرمها الحدود) رواه ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير والثلاثة الباقية الصدقات والجمعان والني وقوله (ولان الحدود حق الله تعالى) حق الله مشروع يتعلق به نفع العالم على الاطلاق والتشهير ليتناول ما لنا وما علينا وقوله على الاطلاق لاجرا حق العبد فانه مشروع يتعلق به نفع العالم بالتخصيص كحرمة مال الغير مثلا فانها حق العبد تتعلق صيانة ماله بها فلهذا يباح باباحة المالك ولا يباح الزنا باباحة المرأة ولا باباحة أهلها ونعام التقرير فيه مذكور في التقرير

(قوله حق الله مشروع) أقول حق الله مبتدأ وقوله مشروع خبره

(وهذه الاشياء من جلائل النعم) فكفرانها يكون سبباً لأشعث العقوبات وهو الرجم (١٣١) بالجارية الى الموت ليكون ثبوت الحكم بقدر

سببه وانحصر الشرائط على هذا العدد لان الرجم بالزنا قد شرع عند اجتماعها فينطبق بها والشرف والعلم والجمال والحسب وان كانت من جلائل النعم أيضاً الا أن الشرع لم يرد باعتبارها (ونصب الشرع بالرأى متعذر) وقوله (ولان الحرية) دليل على الاقتصار على تلك الشرائط يتضمن أن لها مدخلاً في الاستغناء عن الزنادون غيرها من العلم والشرف وذلك لان الحرية (ممكنة من النكاح الصحيح) لان الحرية تنولى أمور نفسه ليس تحت ولاية أحد (والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال) لا محالة (والدخول به شيع بالحلال والاسلام ممكن من نكاح المسلمة ومؤكد اعتقاداً لحرمة فيكون الكل منجزة عن الزنا والجنابة عند توافر الزواجر أغلظ) ولقائل أن يقول في العلم بأحوال الآخرة وما يترب على الزنا من الفساد عاجلاً والعقوبة أجلاً من الزواجر لا محالة والجمال في المنكوحه مقنع الزوج عن النظر الى غيرها والشرف يردع عن حقوق معرفة الزنا وعقابه فكان الواجب أن يكون من شرائطه والجواب أن المسلم الناسي قبل ما يخلو من العلم بما ذكره والجمال والشرف

وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند اجتماعها فينطبق به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارها ما ونصب الشرع بالرأى متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال والاصابة شيع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمه وبو كذا اعتقاداً لحرمة فيكون الكل منجزة عن الزنا والجنابة بعد توافر الزواجر أغلظ

سبعة وعشرون ما ذكرنا ثم قال فاما العقل والبلوغ فهما شرطان لاهلية للعقوبة والى ذلك أشار المصنف بقوله فالعقل والبلوغ شرطان لاهلية العقوبة والحرية شرط تكبيل العقوبة لاشترط الاحصان على الخصوص وشرط الدخول ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم النبي بالثيب والثيابة لان تكون الاباء الدخول اه واختلف في اثنين من هذا الاسلام وسيد كره المصنف وكون كل واحد من الزوجين مساوياً للآخر في شرائط الاحصان وقت الاصابة بحكم النكاح فهو شرط عندنا خلافاً للشافعي حتى لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل أمة أو صبية أو مجنونة أو كاذبة ودخل بها لا يصير الزوج محصناً بهذا الدخول حتى لو زنى بعده لا يبرحم عندنا وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد أو مجنون أو صبي ودخل بها لا تصير محصنة فلا يبرحم لو زنت ولو تزوج مسلم ذمياً فاسلمت بعد ما دخل بها فقبل أن يدخل بها بعد الاسلام أي أن يطأها اذا زنى لا يبرحم وكذا لو اعتقت الأمة التي هي زوجة الحر البالغ العاقل المسلم بعد ما دخل بها لا يبرحم لو زنى ما لم يطأها بعد الاعتاق وعلى هذا ولو بلغت بعد ما دخل بها وهي صغيرة وكذا لو كانت تحت حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل احصانها فإذا أسلمت لا يعود احصانها ما حتى يدخل بها بعد الاسلام وقولنا يدخل بها في نكاح صحيح يعني تكون العصة قائمة حال الدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحاً ولو دخل بها عقبه لا يصير محصناً لوقوع الطلاق قبله ~~وهو~~ واعلم ~~بأن~~ أن الاضافة في قولنا شرائط الاحصان ينبغي أن تكون بيانية أي الشرائط التي هي الاحصان وكذا شرط الاحصان والحاصل أن الاحصان الذي هو شرط الرجم هو الامور المذكورة فهي أجزاء وهو هيئة تكون باجتماعها فهي أجزاء علة وكل جزء علة فكل واحد حينئذ شرط وجوب الرجم والمجموع علة لوجود الشرط المسمى بالاحصان والشرط ثبت سمعاً وقياساً على ما اختاره نفع الاسلام وغيره لا يقال كما أن الحد لا يثبت قياساً فكذا شرطه لانا نقول بل يجب أن تثبت شروطه قياساً لان عدم جواز نفس الحد ما لعدم المعقولة أو لانه لا يثبت بما ازدادت فيه شبهة وثبات الشرط احتمال للدره لا لا يجابه في الشأن في تحقيقه وقد أثبت المصنف شرط اتفاقهما في صفة الاحصان مع غيره بقوله (وهذه الاشياء من جلائل النعم) فان من النعم كون كل من الزوجين مكافئاً للآخر في صفاته الشريفة ثم قال (وقد شرع الرجم بالزنا عند اجتماعها فينطبق به) أي باستجماعها واذ انطبق بكليهما يلزم ان ينتق الحد بانتفاء كل منها ومن جعلها كون كل مثل الآخر فيلزم اشتراط ظهور أثر وجود الشبهة في درء الحد وعدم تماثلها ما شبهة في تصور الصارف فيندري به ويانه ما ذكر في بيان كونها من جلائل النعم الصارفة عن الزنا بكال اندفاع حاجته الى الوطء عندها فكونه بالغاً لان الصغير لا تكمل فيه رغبة الكبيرة وبالعكس وكذا المجنونة لا يرغب فيها بل هي محل نفرة الطباع وكذا ينفر المسلم عن محبة من يفارقه في دينه منه ومنها وكذا يرى الحر الخطاط يتزوج الرقيق فلا تكمل الرغبة من الجانبين واذ اظهر تكامل الصارف وفيه تكامل النعمة كانت الجنابة عندها أحسن فتناسب كون العقوبة أغلظ فشرعت لذلك وهي الرجم عند اجتماعها فينطبق به أي بالاستجماع لها (بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارها ما ونصب الشرع بالرأى ممتنع) ووجه عدم اعتبارهما في تكبيل العقوبة أنهم لا مدخل لهما في تكبيل الصارف

ليس لهما أحد معلوم بضبطان به فلا تكون معتبرة وأما وجه اشتراط كونها على صفة الاحصان عند الدخول فسنذكره

(قال المصنف ولان الحرية ممكنة) أقول ينبغي أن يتأمل في تعيين المعطوف عليه لقوله ولان الحرية ممكنة

والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا أبو يوسف في رواية لهما ما روى أن النبي عليه السلام رجم
يهوديين قد زنيا فلما كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ بؤيده قوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن

(والشافعي يخالفنا في
اشتراط الاسلام وكذا أبو
يوسف في رواية) مستدلين
بما روى مسندا الى ابن
عمر رضي الله عنه أن اليهود
جاؤا الى النبي صلى الله
عليه وسلم فذكروا له أن
رجلا منهم وامرأة زنيا
فقال لهم رسول الله صلى
الله عليه وسلم ما تجدون في
التوراة في شأن الزناة قالوا
نفضحهم ويجلدون فقال
عبد الله بن سلام كذبتم ان
فيها الرجم فأثابا التوراة
فنشروها فجعل أحدهم
يده على آية الرجم ثم جعل
يقرأ ما قبلها وما بعدها
فقال عبد الله بن سلام ارفع
يدك فرفعها فأذا فيها آية
الرجم فقال صدق يا محمد
فيها آية الرجم فأمر بهما
رسول الله صلى الله عليه
وسلم فرجما (فلما كان ذلك
بحكم التوراة ثم نسخ بؤيده)
ما روى أصحابنا في كتبهم
عن ابن عمر (من أشرك بالله
فليس بمحصن)

وان كانتا من جلائل النعم وذلك هو المعتبر وأورد كيف يتصور كون الزوج كافرا وهي مسألة كما يفيد
ما ذكر في نفرة المسلم وأجيب بان يكونا كافرين فتسلم هي فيطأها قبل عرض القاضي الاسلام
عليه وإبائه ومالم يفرق القاضي بينهما ما بابائه هما زوجان (قوله والشافعي يخالفنا في اشتراط
الاسلام) أي في الاحصان (وكذا أبو يوسف في رواية) وبه قال أحد وقول مالك كقولنا فلو
زنى الذمي الثيب الحر يجلد عندنا ويرجم عندهم لهم ما في الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر أن
اليهود جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا له أن امرأته منهم ورجلا قد زنيا فقال لهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شأن الزناة قالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام
كذبتم ان فيها الرجم فأثابا التوراة فنشروها فوضع أحدهم يده على آية الرجم فقرأ ما قبلها وما بعدها
فقال له عبد الله ارفع يدك فرفع يده فأذا فيها آية الرجم فقال صدق يا محمد فأمر بهما النبي صلى الله عليه
وسلم فرجما والذي وضع يده على آية الرجم عبد الله بن صوريا وأجاب المصنف بأنه إنما رجمهما بحكم
التوراة فانه سأله عن ذلك أولا وان ذلك انما كان عندما قدم عليه الصلاة والسلام المدينة ثم نزلت
آية حد الزنا وليس فيها اشتراط الاسلام في الرجم ثم نزل حكم الاسلام بالرجم باشتراطه للاحصان وان
كان غايه يرمون وعلم ذلك من قوله صلى الله عليه وسلم من أشرك بالله فليس بمحصن رواه اسحق بن
راهويه في مسنده أخبرنا عبد العزيز بن محمد حدثنا عبد الله عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال من أشرك بالله فليس بمحصن فقال اسحق رفعه مرة فقال عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم ووقفه مرة ومن طريقه رواه الدارقطني في سننه وقال لم يرفعه غير اسحق بن راهويه ويقال
انه رجع عن ذلك والصواب أنه موقوف قال في العناية ولفظ اسحق كما تراه ليس فيه رجوع وانما ذكر
عن الراوي انه مره رفعه ومره أخرجه مخرج الفتوى فلم يرفعه ولا شك أن مثله بعد صحة الطريق
اليه محكوم برفعه على ما هو المختار في علم الحديث من أنه اذا تعارض الرفع والوقف حكم بالرفع وبعد
ذلك اذا خرج من طرق فيه اضعف لم يضر وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا يحسن المسلم اليهودية ولا
النصرانية ولا الحرا لامة ولا الحررة العبد فله أعلم به ومعناه رواه الدارقطني وابن عدي من حديث
أبي بكر بن أبي مريم عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك أنه أراد أن يتزوج يهودية فقال له صلى الله
عليه وسلم لا تزوجها فانها لا تحسنك وضعف ابن أبي مريم وعلي بن أبي طلحة لم يدركا كعبا لكن
رواه بقية بن الوليد عن عتبة بن نعيم عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك وهو منقطع وأنت تعلم أن
الانقطاع عندنا داخل في الارسال بعد عدالة الرواة وبقية قدمنا الكلام فيه أول هذا الشرح
والله أعلم وعلى كل حال هو شاهد للحديث الاول فيجزيه ولا معنى لفصل المصنف بين هذا
الحديث والحديث الاول بالفروع التي ذكرها وهو ما معاني غرض واحد وهو الاحتجاج على
أبي يوسف ومن معه بل كان الوجه جمعهما ثم يقول هنا لما ذكرنا وعلم أن الاسهل عما
ادعى أن يقال حين رجمهما كان الرجم ثبتا مشروعيه في الاسلام وهو الظاهر من قوله صلى الله
عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شأن الرجم ثم الظاهر كون اشتراط الاسلام لم يكن ثابتا والالم
برجمهم لا تنسخ شريعته وانما يحكم بما أنزل الله اليه وانما سألهم عن الرجم في التوراة ليسكتهم بترك
ما أنزل عليهم فحكم برجمهم بشرعه الموافقة لشرعهم واذا لم يكن كون الرجم كان ثابتا في شرعنا حال
رجمهم بلا اشتراط الاسلام وقد ثبت الحديث المذكور المفيد لا اشتراط الاسلام وليس تاريخ

وقوله (والمعتبر في الدخول ابلاج في القبل على وجهه بوجوب الغسل) لبيان ما يحصل به الاحصان من الجماع وفيه نظر لانه ينافي ما تقدم من قوله والاصابة شبع بالحلال فان الشبع انما يكون بالانزال دون الابلاج عرف ذلك في حديث رفاعه حيث قال صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوق من عسيلته ويذوق من عسيلتك بالتصغير وقوله (وشروط صفة الاحصان فيهما) ظاهر وقيل كيف يتصور ان يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة وأجيب بأن صورته أن يكونا كافرين فأسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام عليه لانه ما لم يفرق القاضي بينهما بالاباء عند عرض الاسلام فهما زوجان وقد مر (وأبو يوسف يخالفهما في الكافرة) في أن اسلام المنكوحه وقت الدخول بها شرط احصان الزاني فعنده ليس بشرط حتى لو دخل بالمنكوحه الكافرة بصير (١٣٣) محصنا (والحجة عليه) أي على أبي يوسف

(ما ذكرناه) يعني من قوله ولا اختلاف مع الاختلاف في الدين وقوله (وقوله عليه الصلاة والسلام) معطوف على قوله ما ذكرناه (لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحررة العبد) ذكره شمس الائمة السرخسي مرسلا في مبسوطه قال (ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم) وفي رواية عن أحمد يجمع بينهما لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال النبي بالثيب جلد مائة ورمي بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة ونقي سنة ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجمع بينهما في ما عرزا ولا في الغامدية ولا الصحابة بعده وحديث عبادة بيان لقوله تعالى أو يجعل الله لهن سبيلا وحديث ما عرزه بعده فيكون ناسخا وقوله (ولان الجلد يعرى) ظاهر

(قال المصنف والمعتبر في

والمعتبر في الدخول ابلاج في القبل على وجهه بوجوب الغسل وشروط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحه الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا بأحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك لا تتكامل اذا طبع ينفر عن صحبة المجنونة وقليما يرغب في الصبية لانه رغبته تافيه وفي المملوكة حذر عن رق الولد ولا اختلاف مع الاختلاف في الدين وأبو يوسف رحمه الله يخالفهما في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحررة العبد قال (ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد) لانه عليه الصلاة والسلام لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم

يعرف به تقدم اشتراط الاسلام على عدم اشتراطه أو تأخره فيكون رجمه اليهوديين وقوله المذكور متعارضين فيطلب الترجيح والقول يقتضي على الفعل وفيه وجه آخر وهو أن تقديم هذا القول بوجوب درء الحد وتقديم ذلك الفعل بوجوب الاحتياط في إيجاب الحد والاولى في الحدود ترجيح الدافع عند التعارض ولا يخفى أن كل مرجح فهو محكوم بتأخر اجتهادا ولقد طاح بهذا دفع بعض المعترضين (قوله والمعتبر في الدخول) المحقق للاحصان (ابلاج في القبل على وجهه بوجوب الغسل) وهو بغيوبة الحشفة فقط أنزل أو لم ينزل وقوله حتى لو دخل بالمنكوحه الكافرة الخ تقدم بيانه (قوله ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد) وهو قول مالك والشافعي ورواية عن أحمد ويجمع في رواية أخرى عنه وأهل الظاهر إلى أنه يجمع للجمهور أنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع وهذا على وجه القطع في ما عرزا والغامدية وصاحبة العسيف وقد تظافرت الطرق عنه عليه الصلاة والسلام أنه بعد سؤاله عن الاحصان وتلقيه الرجوع لم يزد على الأمر بالرجم فقال اذهبوا به فارجموه وقال اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل فاجلدوها ثم أرجها وقال في باقي الحديث فاعترفت فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت وكذا في الغامدية والجهنية ان كانت غيرها لم يزد على الأمر بوجهاوة تكرار ولم يزد أحد على ذلك فقطعنا بأنه لم يكن غير الرجم فقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة ونقي سنة عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم أو رمي بالحجارة يجب قطعاً كونه منسوخا قال (ولان الجلد يعرى عن المقصود) وهو الانزجار أو قصد الانزجار لان القتل اذا كان لاحقا كان الجلد خلوا عن الفائدة النبوية التي شرع لها الحد والنسخ قد تحقق في حق الزنا فانه كان أولا الاذى باللسان على ما أمر به تعالى من قوله والاذان بآتيانهم منكم فأذوهما ثم نسخ بالجس في حقهن بقوله تعالى واللا في يأتين الفاحشة من نسائكم إلى قوله فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا فانه كان قبل سورة النور لقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا

الدخول ابلاج في القبل على وجهه بوجوب الغسل) أقول وتجوز الشهادة بالدخول بالتسامع ولا تمس الحاجة إلى المعاينة كما سيجي في كتاب الشهادة (قوله فان الشبع انما يكون بالانزال) أقول الانزال لا يمكن اثباته بشهود بخلاف الدخول فأقيم سببه المفضي اليه أكثر بامقامه فليتنامل (قال المصنف وفي المملوكة حذر عن رق الولد) أقول هذا لا يجري فيما اذا كانت الزوجة حرة والزواج مملوكا اذا ولد يتبع الام في الحرية والرقية ولو قال وفي المملوكة لحقارته او دناءته لا يمكن التعميم كما لا يخفى (قوله والحجة عليه أي على أبي يوسف رحمه الله) أقول قال الاتقاني قوله والحجة عليه ما ذكرناه أي الحجة على أبي يوسف قوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن اه وأنت خير بفسادهما والصحيح ما ذكره الشيخ أكل الدين

وقوله (والشافعي يجمع بينهما) أي في حد الزنا بين الرجل والمرأة جميعا (لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام) ولأن التغريب من تمة الحد فكأن الرجل والمرأة في حق الجلد سواء فكذلك في حق التغريب (ولأن فيه) أي في التغريب (حسم مادة الزنا قلعة المعارف) أي أقله من يعرفهم ويعرفونه من الاحباء والخبيات لما أن الزنا إنما ينشأ من العصبية والموانسة والتغريب قاطع لذلك (ولنا قوله تعالى فاجلدوا كل الموجب رجوعا إلى حرف القاء) ورجوعا نصب على المصدر ومعناه أن القاء الجزاء وإذا ذكر الجزاء بعد الشرط بالقاء دل استقراء كلامهم أنه هو الجزاء ألا ترى أنه إذا قال لامرأته إن دخلت الدار فانت طالق واحدة ليس جزاء الشرط إلا ما هو المذكور بعد القاء وقوله (وإلى كونه كل المذكور) أي رجوعا إلى كونه كل المذكور ومعناه أنه ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة إلى البيان فكان ما ذكره كل ما يحتاج إليه في البيان فلا يبقى شيء يحتاج إليه ولم يبين لزم الإخلال في البيان (١٣٤) في موضع الحاجة والعمل بالحديث الذي رواه نسخ الكتاب وهو لا يجوز

وقوله (ولأن في التغريب) ظاهر وقوله (ثم فيه) أي في التغريب (قطع مادة البقاء) يعني ما يحتاج إليه مسن المأكول والملبوس (فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا) لازدياده شهوة وقوله (وهذه الجهة مرجحة لقول علي) نقل بفتح الجيم وكسرها فوجه الفتح أن هذه الجهة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة قول علي لعنه ما قلناه ووجه الكسر أن الخصم ينكر صحة نقل قول علي فقال المصنف هذه الجهة من جهات العلة تؤيد صحة قول علي فكانت اللام للصلة داخلية على المفعول كما في قوله تعالى والذين هم للزكاة فاعلمون وفي الوجه الأول كانت للتعليل فان قيل

لأن زجر غيره يحصل بالرجم أذهو في العقوبة أقصاها وزجره لا يحصل بعده فلا قال (ولا يجمع في البكرين الجلد والنفي) والشافعي يجمع بينهما حد القول عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولأن فيه حسم باب الزنا قلعة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا كل الموجب رجوعا إلى حرف القاء وإلى كونه كل المذكور ولأن في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيبة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله تعالى عنه كفي بالنفي فتنة والحديث منسوخ كسطره

والألفال خذوا عن الله ولا يخفى أن ذلك غير لازم والصواب ما ذكرنا من القطع بأنه لم يجمع بين الجلد والرجم فلم يزم نسخه وإن لم يعلم خصوص النامخ وأما جلد علي رضي الله عنه شراحة ثم رجها فأما لانه لم يثبت عنده احصائها إلا بعد جلد لها أو هو رأي لا يقاوم إجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا ما ذكرنا من القطع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله ولا يجمع في البكرين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما) وكذا أحد الثوري والأوزاعي والحسن بن صالح وله في العبد أقوال يغرب سنة نصف سنة لا يغرب أصلا وأما تغريب المرأة فمحرّم وأجرته عليها في قول وفي بيت المال في قول ولو امتنع ففي قول يجبره الإمام وفي قول لا ولو كانت الطريق آمنة ففي تغريبها بالاحرم قولان لقوله صلى الله عليه وسلم خذوا عن الحديث (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام) أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي من رواية عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم خذوا عن الحديث وتقدم (ولأن فيه حسم مادة الزنا قلعة المعارف) لانه هو الداعية إلى ذلك ولذا قيل لامرأته من العرب ما حملت على الزنا مع فضل عقلك قالت طول السواد وقرب السواد والسواد المسارة من ساوده إذا ساره ولنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا أشد ما كان المذكور عام حكمه والا كان فجهلا إذ يفهم أنه تمام الحكم وليس تمامه في الواقع فكان مع الشروع في البيان أبعد من ترك البيان لانه يقع في الجهل المركب وذلك في البسيط ولانه هو المفهوم لانه جعل جزاء الشرط فيفسد أن الواقع هذا فقط فلا وثبت معه شيء آخر كان شبهة معارضة لا مثبتة لما سكنت عنه في الكتاب وهو الزيادة الممنوعة وأما ما يقبده

الأصل أن ما يصلح علة لا يصلح مرجحا وهذه الجهة علة فكيف صلحت مرجحة أعجب بأن هذه الجهة ليست بمنتهى المعدل كلام هي نافية مع أن النفي ليس بحكم واجب في الحد فيصلح للترجيح ففي مثل هذا الموضع نذكر العلة موضعها بعض ما أرى اختيار المصنف لفظ الجهة على لفظ العلة لانه كذا في النهاية وقوله (والحديث) يعني قوله البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام (منسوخ كسطره

(قال المصنف ولأن فيه حسم باب الزنا قلعة المعارف) أقول الحسم القطع والانسب سد باب الزنا (قوله والعمل بالحديث الذي رواه نسخ الكتاب وهو لا يجوز) أقول لانه خبر الواحد ولا ينسخ به الكتاب كما بين في موضعه وفيه نظر لما سيجي من الاعتراف بنسخ ذلك الخبر بعينه قوله تعالى فامسكوهن في البيوت إلا أن يقول المراد أنه خبر غير متأخر عن تلك الآية فلا يجوز أن يكون ناسخا لما هو غير متأخر عنه (قوله ووجه الكسر أن الخصم ينكر صحة النقل عنه وهذه الجهة لا تؤيد ما قلنا فان طريق ثبوت النقل هو رواية العدول (قوله مع أن النفي ليس بحكم إلخ) أقول لعل مراده من النفي (قوله في مثل هذا الموضع إلخ) أقول لا بد من التأمل في هذا المقام

كلام بعضهم من أن الزيادة بخبر الواحد اثبات مالم يوجب القرآن وذلك لا يمنع والابطال أكثر السنف
وانه ليست نسخا وتسميتها نسخا مجرد اصطلاح ولذا زيد في عدة المتوفى عنها زوجها الاحداد على الأمور
به في القرآن وهو التبرص فهو يقيد عدم معرفة الاصطلاح وذلك أنه ليس المراد من الزيادة اثبات مالم
يثبت القرآن ولم ينه لا يقول بهذا عاقل فضلا عن عالم بل تقييد مطلقه على ما عرف من أن الاطلاق مما
يراد وقد دل عليه باللفظ المطلق وباللفظ يفاد المعنى فأقار أن الاطلاق مراد بالتقييد ينتفي حكمه عن
بعض ما أثبت فيه اللفظ المطلق ثم لا شك أن هذا نسخ وبخبر الواحد لا يجوز نسخ الكتاب وظن المعترض
أن الاحداد زيادة غلط لانه ليس تقييد للتبرص والا لو تبرصت ولم تحذف تبرصها حتى انقضت العدة لم
تخرج عن العدة وليس كذلك بل تكون عاصية بترك واجب في العدة فانما أثبت الحديث واجبا
لأنه قيد مطلق الكتاب نعم ورد عليه أن هذا الخبر مشهور تلقته الامة بالقبول فنجوز الزيادة به اتفاقا
والمصنف رحمه الله عدل عن هذه الطريقة فلا يلزمه ذلك الى ادعاء نسخ هذا الخبر مستثنا نسا له بنسخ
شطره الثاني وهو الدال على الجمع بين الجلد والرجم فكذا نصه الآخر وأنت تعلم أن هذا ليس بلازم
بل يجوز أن تروى جمل بعضها نسخ وبعضها لا ولو سلك الطريق الاول وادعى أنه آحاد لا مشهور وتلقى
الامة بالقبول ان كان اجماعهم على العمل به فمذموم لظهور الخلاف وان كان اجماعهم على صحته
بمعنى صحة سنده فكثير من أخبار الآحاد كذلك فلم يخرج بذلك عن كونها آحادا وقد خطئ من ظنه
يصير قطعاً قاضياً بما رواه البخاري ذلك وغلط على ما يعرف في موضعه وإذا كان آحادا وقد نطرق
اليه احتمال النسخ بقرينة نسخ شطره فلا شك أنه ينزل عن الآحاد التي لم ينطرق ذلك اليها فاحرى أن
لا ينسخ به ما أفاده الكتاب من أن جميع الموجب الجلد فانه يعارضه فيه لأن الكتاب ساكت عن نفي
التغريب فكيف وليس فيه ما يدل على أن الواجب من التغريب بطريق الحد فان أقصى ما فيه
دلالة قوله **البكر** بالبكر جلد مائة وتغريب عام وهو عطف واجب على واجب وهو لا يقتضيه بل
ما في البخاري من قول أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيمن زنى ولم يحصن بتي عام
واقامة الحد ظاهر في أن النفي ليس في الحد لعطفه عليه وكونه استعمل الحد في جزء مسماه وعطفه
على الجزء الآخر بعيد ولا دليل يوجب وما ذكر من الالفاظ لا يفيد مجاز كونه تغريبا لمصلحة وأما
ما لخرجه الله فرأى أن الحديث ما دل على الرجل بقوله البكر بالبكر فلم تدخل المرأة ولا شك أنه كغيره
من المواضع التي تثبت الاحكام في النساء بالنصوص المفيدة اياها للرجال بتنقيح المناط وايضا فان نفس
الحديث يجب أن يشملهن فانه قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر الحديث فنص على
أن النفي والجلد سبيل لهن والبكر يقال على الانثى ألا ترى الى قوله البكر نسأذن ثم عارض ما ذكر
الشافعي من المعنى بأن في النفي فتح باب الفتنة لانفرادها عن العشيرة وعن تسجي منهم ان كان لها شهوة
قوية فتفعله وقد تفعله لحامل آخر وهو حاجتها الى ما يقوم بأودها ولا شك أن هذا المعنى في افضائه الى
الفساد أرجح مما ذكره من افضائه المعارف الى عدم الفساد خصوصا في مثل هذا الزمان لمن يشاهد
أحوال النساء والرجال فيترجم عليه ويؤيده ما روى عبد الرزاق ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار
أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال قال عبد الله بن مسعود في البكر يزني
بالبكر مجلدان مائة وينفيان سنة قال وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه حسبهما من الفتنة أن ينقيا
وروى محمد بن الحسن أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال كفى بالنفي فتنة
وروى عبد الرزاق أخبرنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال غرّب عمر رضي الله عنه ربيعة بن أمية بن
خلف في الشراب الى خير فلقق به رقل فتصرف فقال عمر لا أغرب بعده مسلما نعم لو غلب على ظن الامام
مصلحة في التغريب نغريه أن يفعله وهو محل التغريب الواقع للنبي صلى الله عليه وسلم وللصحابه من

وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه) قيل يعني في طريقة الخلاف فان قيل هذا اثبات النسخ بالقياس أجيب بأنه بيان لكون الحديث منسوخا بنسخ ما هو وحاصل ذلك أن حكم الزاني في الابتداء كان امساك الزواني في البيوت حتى يتوفاهن الموت والايذاء باللسان فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ثم انتسخ هذا الحديث بقوله تعالى الزانية والزاني والدليل على أن الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية والزاني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال خذوا عني ولو كان انتسخ امساك الزواني في البيوت بقوله الزانية والزاني لقول عليه الصلاة والسلام خذوا عني الله وهذه الدلالة التي هي دالة التقدم ههنا مثل دالة التقدم في حديث العريين واليه أشار بقوله في الكتاب وقد عرف طريقه في موضعه أي دل في حديث العريين دال على أنه مقدم على قوله صلى الله عليه وسلم استزهاوا البول وهو جواز المثلة فكذلك ههنا دل على أن الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية والزاني وهو ما ذكرناه ما ذكره في النهاية وتبعه غيره من الشارحين وقوله (الأن يرى ذلك مصلحة) استثناء من قوله ولا يجمع في البكرين (١٣٦) الجلد والتقي يعني إذا رأى الامام تغريب الزاني مصلحة لادعائه فعل

ذلك على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة (لأنه قد يفسد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة) وهو قوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قال (الأن يرى الامام في ذلك مصلحة فيغريبه على قدر ما يرى) وذلك تعزير وسياسة لأنه قد يفسد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة

أبي بكر وعمر وعثمان في الترمذي حديثا كريب ويحيى بن أكرم قال أحدهما عبد الله بن ادريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب وأن عمر ضرب وغرب لأنه قال حديث غريب وكذا رواه غير واحد عن عبد الله بن ادريس عن عبيد الله فرفعوه ورواه بعضهم عن ابن ادريس عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر ضرب وغرب الحديث وهكذا روى من غير رواية ابن ادريس عن عبد الله بن عمرو من رواية محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر لم يقولوا فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم اه وقال الدارقطني بعد أن ذكر رواية ابن عمر وأبي سعيد الأشج عن ابن ادريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر ضرب وغرب الحديث لم يقل فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم هي الصواب لكن روى النسائي حديثا محمد بن العلام حدثنا عبد الله بن ادريس به مرفوعا ورواه الحاكم في المستدرک وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وذكروا ابن القطان من جهة النسائي وقال رجاله ليس فيهم من يسئل عنه لثقتهم وشهرته وقال أيضا عذري أن الحديث صحيح ولا يمنع أن يكون عند ابن ادريس فيه عن عبد الله جميع ما ذكر والحاصل أن في ثبوته عنه صلى الله عليه وسلم اختلاف عن الحفاظ وأما عن أبي بكر وعمر فلا اختلاف فيه وقد أخرج ذلك عنهما أيضا في الموطأ وأما روايته عن عثمان ففي مصنف ابن أبي شيبة حديثا جرير عن مغيرة عن ابن يسار مولى لعثمان قال جلد عثمان امرأة في زنا ثم أرسل بهامولى له يقال له المهري الى خيرة نفاها اليه فهذا التغريب المروي عن ذكرنا كتغريب عمر رضي الله عنه نصر بن حجاج وغيره بسبب أنه لجأه لفتن به بعض النساء حتى سمع قول قاتلة

ذلك على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة (لأنه قد يفسد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة) روى أن أبا بكر رضي الله عنه جلد بكرين ونفاهما الى ذلك وعمر رضي الله عنه سمع قاتلة تقول

هل من سبيل الى خمر فأشربها أو من سبيل الى نصر بن حجاج الى فتى ما جدد الاعراق مقبيل سهل الحيا كريم غير ملجأ فطلب نصر او نفاه وذلك لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحة ظهرت له فقال ما ذنبي يا أمير المؤمنين فقتل لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا أظهدار

الهجرة منك وعثمان رضي الله عنه جلد زانيا ونفاه الى مصر وعلى رضي الله عنه جلد ونفي ثم قال كفى بالنفي قسنة وكل ذلك محمول على السياسة والتعزير

(قوله قيل يعني في طريقة الخلاف) أقول صاحب القيل هو الاتقاني وقال الاتقاني في شرح قوله إذا زنى الصبي أو المجنون أو غيره طريقة الخلاف اسم كتاب للامام علاء الدين العالم (قوله وحاصل ذلك أن حكم الزنا الخ) أقول قال الامام فخر الدين الزيلعي حكم الزنا كان في الابتداء الايذاء باللسان كما قال الله تعالى فآذوهما ثم نسخ بالحس في البيوت بقوله تعالى فامسكوهن في البيوت الآية اه ففيه نوع مخالف لما في النهاية والعناية فليتأمل (قوله فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول مخالف لما سلف من أن الحديث بيان لقوله تعالى أو يجعل الله لهن سبيلا ولا يخفى جوابه (قوله وهو جواز المثلة فكذلك ههنا الخ) أقول ههنا خفاء لا يخفى نعم نسخه في حق جواز المثلة لما روى من النهي عنها بعده لا كلام فيه وانما التزاع في نسخه في حق حل الاتقاع بأبوال ابل ولا يظهر دال يدل عليه فليتأمل

(واذا زنى المريض وحده الرجم رجم) لان الانلاف مستحق فلا يمنع بسبب المرض (وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ) كيلا يفضى الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد (وان زنت الحامل لم تحدد حتى تضع حملها) كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة (وان كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها) أى ترتفع بريده تخرج منه لان النفس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يؤخر الى أن يستغنى ولدها عنها اذا لم يكن أحدا يقوم بتربيته لان في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روى أنه عليه السلام قال للغامدية بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغنى ولكي تم الحبلي تحبس الى أن تلد ان كان الحد ثابتا بالبينه كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس

وقوله (واذا زنى المريض الخ) ظاهر وقوله (قال للغامدية) روى أن الغامدية لما أقرت بالزنا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت حاملا قال لها عليه السلام ارجعي حتى تضعي ما في بطنك فلما وضعت جاءت ثانيا وأقرت فقال لها ارجعي حتى يستغنى ولكي فقالت أخاف أن أموت قبل أن أحذف قال رجل أنا أقوم بتربية ولدها يا رسول الله فأمر صلى الله عليه وسلم برجمها فدل أن الحكم هو التأخير عن هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مرب

هل من سبيل الى خرفا شر بها * أو من سبيل الى نصر بن حجاج الى فتى ما جسد الاعراق مقبيل * سهل الحميا كريم غير ملجأ

وذلك لا يوجب نفيا وعلى هذا كثير من مشايخ السلاوة المحققين رضى الله عنهم ورضى عناهم وحشرنا معهم كانوا يغربون المریدا اذا بد منه قوة نفس ولجأ لتسكير نفسه وتلين ومثل هذا المرید أو من هو قريب منه هو الذى ينبغي أن يقع عليه رأى القاضى فى التغريب لان مثله فى ندم وشدة وانما زلزلة لغلبة النفس أمان لم يستحى وله حال يشهد عليه بغلبة النفس فنفيه لاشك أنه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه (قوله واذا زنى المريض وحده الرجم) بأن كان محصنا حدثا لان المستحق قتله ورجحه فى هذه الحالة أقرب اليه (وان كان حده الجلد لا يجلد حتى يبرأ) لان جلده فى هذه الحالة قد يؤدي الى هلاكه وهو غير المستحق عليه ولو كان المرض لا يرجحى زواله كالسل أو كان خدجا ضعيفا الخلة فعندنا وعند الشافعي يضرب بعشكال فيه مائة شمر اخ فيضرب به دفعة وقد سمعت فى كتاب الأيمان أنه لا بد من وصول كل شمر اخ الى بدنه وكذا قيل لا بد أن تكون حينئذ مبسوطة ولخوف التلف لا يقام الحد فى البرد الشديد والحر الشديد بل يؤخر الى اعتدال الزمان وهذا فى البرد عند من يرى تجريد الحدود ظاهرة لانه قد يمرض أما الحر فلا نعم لو كان ضرب الحد مبرحا صحت ذلك لكنه شديد غير مبرح ولا جارح فلا يقتضى الحال تأخير حده للبرد والحر بخلاف القطع على ما ذكره المصنف فانه جرح عظيم يخاف منه السراية بسبب شدة الفصلين (قوله واذا زنت الحامل لم تحدد حتى تضع حملها) ولو جلد (كيلا يؤدي الى هلاك الولد لانه نفس محترمة) لانه مسلم لا جرمية منه فلو ولدت أو كانت نفساء حتى تتعالى من نفاسها فى الجلد ولو أطالت فى التأخير وتقول لم أضع بعد أو شهد على امرأه بالزنا فقالت أنا جلي ترى للنساء ولا يقبل قولها فان قلن هي حامل أجلها حولين فان لم تلد رجمها (ثم الحبلي تحبس ان ثبت زناها بالبينه الى أن تلد) وان ثبت بالاقرار لا تحبس لعدم الفائدة لان لها الرجوع متى شئت وعن أبي حنيفة اذا ولدت لا تحدد حتى تفطم الولد اذا لم يكن له من يربيه وتقدم فى حديث الغامدية أنه ردها حتى يستغنى فرجعت ثم جاءت به وفى يده كسرة وقالت ها قد فطمته وفى حديث آخر قال اذهبي حتى تضعي ما في بطنك قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال اذا لا ترجها وندع ولدها صغير اليس لمن يرضعه فقام رجل من الانصار فقال الى رضاعه قال فرجها وهذا يقتضى أنه رجمها حين وضعت بخلاف الاول والطريقان فى مسلم وهذا أصح طريقا لان فى الاول بشير بن المهاجر وفيه مقال وقيل يحتمل أن تكون امرأتين ووقع فى الحديث الاول نسبتهما الى الازد وفى حديث عمران بن حصين جاءت امرأة من جهينة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه رجمها بعد أن وضعت

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب

لما فرغ من بيان إقامة الحد شرع في بيان ما يوجب الحد وما لا يوجب وقد ذكرنا تعريف الزنا في أول كتاب الحدود وذكره المصنف ههنا واعترض بأنه غير منعكس لأن الزنا يصدق في فعل المرأة هذا الفعل ولهذا لا يحد فاذن فها بالزنا حد القذف وهذا التعريف وهو قوله وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك ليس بصادق عليه وأجيب بأن هذا التعريف انما هو بالنسبة للأصل

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب

(قال المصنف وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك الخ) أقول قوله في غير الملك لعله حال من المرأة أو القبل ثم أقول الأولى أن يقول المشتبه احترازاً عن وطء صبية لا يجماع مثلها فان وطأها لا يوجب الحد كما سيجي الإشارة إليه ثم الأولى أن يقول عن طوع احترازاً عن وطء المكره حيث لا يوجب الحد وسيجي وقد سبق من الشارح ما يتوهم كونه جواباً عن هذا في باب البين في الدخول والسكنى إلا أن فيه أيضاً كلاماً مع أن المصنف أسند (١٣٨) إلى المكره الزنا فيما سيجي قال في البدائع الزنا في عرف الشرع اسم للوطء

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب

قال (الوطء الموجب للحد هو الزنا) وأنه في عرف الشرع واللسان وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لأنه فعل محظور والحرمه على الإطلاق عند التعرّي عن الملك وشبهته يؤيد ذلك

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب

لما كان الكتاب انما هو معقود لبيان الحدود كان الحد هو المقصود الأصلي فلزم الابتداء بتعريفه لغة وشرعاً ففعل المصنف ذلك ثم أراد تقديم حد الزنا فقدمه وأعطى أحكامه لانها هي المقصودة وذلك بثبوت سببه وحاصل أحكامه كيفية ثبوته وشروطها وكيفية إقامته وشروطها فكان تصور حقيقة السبب الذي هو الزنا بالنسبة إلى مقصود الكتاب ثانياً وان كان بالنسبة إلى التحقق في الوجود أو لا فآخر المصنف تعريفه إلى أن فرغ من المقاصد الأصلية وذكر أن الزنا في عرف اللغة والشرع يعني لم يزد عليه في الشرع قيد وعرفه على هذا التقدير بأنه (وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك) وهذا لأن في اللغة معنى الملك أمر ثابت قبل مجي هذا الشرع وان كان هو في نفسه أمر شرعياً لكن ثبوته بالشرع الأول بالضرورة والناس لم يتركوا سدى في وقت من الاوقات فيكون معنى الملك أمر مشروعاً من بعث آدم عليه السلام أو من قبل بعثه يوصي بخصه أي يخص الملك فكان ثبوته شرعاً مع اللغة مطلقاً في الوجود والدينوي سواء كانت اللغة عربية أم غيرها مخصوصة بالدين أو إن كان الوضع قبلها فثبتت المسمى في الدين والوضع لمعنى معقول قبل تحققه ولا شك في أنه تعريف للزنا في اللغة والشرع فان الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد منه بل هو أعم والموجب للحد منه بعض أنواعه ولذا قال صلى الله عليه وسلم العنان ترتبان وزناهما النظر ولو وطئ رجل جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد فاذن بالزنا فدل على أن فعله زنا وان كان لا يحد به فلو أقول المصنف الموجب للحد هو الزنا وهو في عرف الشرع الخ لصح

الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار في دار للعدل عن التزم أحكام الاسلام العاري عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح جميعاً اه وفيه أيضاً قوله وعن حق الملك احترازاً عن وطء رجل من الغائمين جارية من المغنم قبل القسمة بعد الاحراز دار الاسلام أو قبله فانه لا حد عليه وان علم أن وطأها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلاء لان عقاد سبب الثبوت فان لم يثبت فلا أقل من ثبوت الحق فيورث شبهة ولو جاءت هذه

تعريفه

الجارية بولد فادعاء لا يثبت نسبته منه لان ثبوت النسب يعتمد الملك في المحل إما من كل وجه

أو من وجه ولم يوجب حد قبل القسمة بل الموجود حق عام وأنه يكفي لسقوط الحد ولا يكفي لثبوت النسب اه وقوله عن التزم أحكام الاسلام احترازاً عن الخطي وسيجي وقوله وشبهته في قوله وعن حقيقة النكاح وشبهته احترازاً عن أمثال وطء المحارم بنكاح وسيجي وقوله وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح جميعاً احترازاً عن وطء المرقوقة إلى غير زوجها ووطء الاعى من أجنبية يظن أنها امرأته وسيجي (قوله لان الزنا يصدق في فعل المرأة) أقول أي يتحقق فان الصدق المعدي يثي يكون بمعنى التحقق كما تبين في كتب الميزان (قوله هذا الفعل ولهذا لا يحد فاذن فها بالزنا الخ) أقول لعل المشار إليه بقوله هذا في قوله هذا الفعل هو الوطء للرجل المفهوم من التعريف المذكور قال في النهاية ألا ترى أنه يجب عليها حد الزنا ولو قد فها فاذن بالزنا يجب عليه حد القذف اذا كانت عفيفة عن فعل الزنا اه وغير الشارح إلى قوله ولهذا لا يحد الخ اذا المطلوب هو صدق الزنا على فعله وحد فها فها بالزنا لا يدل عليه صريحاً محتمل أن يقال الحد لقذفها بما لا يصدر منها ولا يتصور صدورها بخلاف ما ذكره الشارح فليست أمثل ثم لا وجه لترك التعليل بوجوب حد الزنا عليها بل هو النافع في هذا المقام فابعد بيان ما يوجب الحد وزناها منه فلا بد من بيان ماهيته

تعريفه ولم يرد عليه شيء لكنه لما قال ذلك كان ظاهرا في قصده الى تعريف الزنا الموجب للحد وحينئذ يرد على طرده ووطء الصبية التي لا تشتهى ووطء المجنون والمكره بخلاف الصبي فان الجنس ووطء الرجل فالاولى في تعريفه أنه ووطء مكلف طائع مشتهاه حالا أو ماضيا في القبل بلا شبهة ملك في دار الاسلام فخرج زنا الصبي والمجنون والمكره وبالصبية التي لا تشتهى والمبتة والبهيمة ودخل ووطء العجوز ولكن يرد على عكسه زنا المرأة فانه زنا ولا يصدق عليه جنس التعريف وما أجيب به من أن زناها يدخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا ان كان معناه أن لها زنا حقيقة وأن ذلك التمكين هو مسمى زنا الغف وتسمى هي زانية حقيقة لغوية بالتمكين فلا شك في أنه لا يشمل الجنس الذي هو ووطء المكلف لانه ليس هو عين تمكين المرأة ففساد الحد بحاله وكون فعلها تابع لفعله انما هو في الوجود الخارجي والكلام في تناول اللفظ وان أريد أنها لا تسمى زانية حقيقة أصلا وأن تسميتها في قوله تعالى الزانية والزاني بطريق المجاز فلا حاجة الى أنه تبع بل لا يجوز ادخاله في التعريف وعلى هذا كلام السرخسي والمصنف وغيرهما في مسألة ما اذا مكنت البالغة العاقلة المسلمة مجنونا أو صبيعا على قول أبي حنيفة لا يحد واحد منهما على ماسياني وعباد كزنا يظهر فساد ما أجاب به بعضهم بأن فعل الوطء أمر مشترك بينهما فاذا وجد فعل الوطء بينهما ينصف كل منهما به وتسمى هي واطئة ولذا سماها سبحانه زانية وأعجب من هذا الجواب أنه قال في الايراد المذكور على التعريف مغالطة والقطع بأن ووطء ليس يصدق على تمكينها هو هو فاذا جعل الجنس ووطء الرجل فكيف ينتظم اللفظ تمكين المرأة وكون الفعل الجزئي الخارجي اذا وجد من الرجل في الخارج يستدعي فعلا آخر منها اذا كانت طائفة لا يقتضي أن اللفظ الخاص بفعله يشمل والله الموفق فالحق أنهما ان كانت زانية حقيقة وأريد شمول التعريف لزناها فلا بد من زيادة قوله أو تمكينها بل يجب أن يقال ذلك بالنسبة الى كل منهما فيقال ادخل المكلف الطائع قدر حقيقته قبل مشتهاه حالا أو ماضيا بملك وشبهة أو تمكينه من ذلك أو تمكينها يصدق على ما لو كان مستلقيا ففقدت على ذكره فتركه حتى أدخلته فانهم ما يحدان في هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين وقوله لانه فعل الخ تعليل لا خذ عدم الملك وشبهه في الزنا أي انما شرط ذلك لان الزنا محظور فلا بد في تحققه من ذلك وقوله يؤيده الحديث أي يؤيد الأمرين معا وذلك أنه لما أفاد عدم الحرمة المطلقة بسبب دره الحد بالشبهة أفاد عدمها ودره الحد عند حقيقة الملك كافي الجارية المشتركة بطريق أولى فهو يدلالة ثم الحديث المذكور قيل لم يحفظ مرفوعا وذكر أنه في الخلافات للبيهقي عن علي رضي الله عنه وهو في مسند أبي حنيفة عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات وأسند ابن أبي شيبة عن ابراهيم هو النخعي قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأن أعطل الحد وبالشبهات أحب الي من أن أقمها بالشبهات وأخرج عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر رضي الله عنهم قالوا اذا اشتبه عليك الحد فادراه ونقل ابن حزم عن أصحابهم الظاهرية أن الحد بعد ثبوته لا يحل أن يدربا بشبهة وشنع بأن الاثار المذكورة لا تثبت الدرر بالشبهات ليس فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء بل عن بعض الصحابة من طرق لا خير فيها وأعل ما عن ابن مسعود ومروان بن عبد الرزاق عنه بالارسال وهو غير رواية ابن أبي شيبة فانها معاملة باسحق بن أبي فروة وأما التمسك بما في البخاري من قوله عليه الصلاة والسلام ومن اجتراء على ما يشك فيه من الاثم أو شك أن يواقع ما استبان والمعاصي حتى الله تعالى من يرتع حول الحى يوشك أن يقع فيه فان معناه أن من جهل حرمة شيء وحله فالورع أن يمسك عنه ومن جهل وجوب أمر وعده فلا يوجبه ومن جهل أو جب الحد أم لا وجب أن يقبه ونحن نقول ان الارسال لا يقدرح وان الموقف في هذا الحكم المرفوع لان اسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل بل مقتضاه أن بعد تحقق الثبوت لا يرتفع شبهة فيشذكره صحابي

والمرأة تدخل فيه تبعا
لماسيحي بعد هذا أن كل
موضع يجب فيه الحد على
الرجل يجب على المرأة

(قوله والمرأة تدخل فيه
تبعا) أقول قوله والمرأة
أي وزنا المرأة وقوله تدخل
فيه تبعا أي ينضم لهم تعريفه
التزاما (قوله لماسيحي بعد
هذا الخ) أقول لعله تعليل
لاصالة الرجل المنضم من
التقرير

وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المرأة فان قلت قوله لانه فعل محذور تعليل واقع في غير محله لانه في التصورات قلت
التعليل ليس لاثبات التعريف وانما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقيق الزنا وتقرير كلامه أن ما اعتبروا أن يكون في غير
شبهة الملك لانه فعل محذور يوجب الحد فيعتبر فيه الكمال لان الناقص ثابت من وجه دون وجه فلا يوجب عقوبة كاملة والكمال في
الخطر عند التعري عن الملك وشبهته (بأن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود بالشبهات ثم الشبهة) وهي ما يشبه الثابت وليس
بثابت على ما قالوا (نوعان شبهة (١٤٠) في الفعل وتسمى شبهة اشتباه) أي هي شبهة في حق من اشتبه عليه وليست

بشبهة في حق من لم يشبهه
قوله عليه الصلاة والسلام ادروا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه
وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى تحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه أن يظن غير الدليل
دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على
ظن الجاني واعتقاده

جمل على الرفع وأيضا في إجماع فقهاء الامصار على أن الحدود تدبر بالشبهات كفاية ولذا قال بعض
الفقهاء هذا الحديث متفق عليه وأيضا نلقاه الامه بالقبول وفي تتبع المروي عن النبي صلى الله
عليه وسلم والصحابة ما يقطع في المسئلة فقد علمنا أنه عليه الصلاة والسلام قال لما عزلك قبلت لعلك
لمست لعلك غمزت كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد قراره بالزنا وليس لذلك فائدة الا كونه اذا قالها ترك
والافلا فائدة ولم يقل لمن اعترف عنده مدين لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه وكذا قال
للسارق الذي جىء به اليه أسرفت ما خاله سرق والغامضية فحذرك وكذا قال على رضي الله عنه
لشراحة على ما أسلفناه لعله وقع عليك وأنت نائمة لعله استكرهك لعلم مولاك زوجه منك وأنت
تكتمينه وتتبع مثله عن كل واحد يوجب طولا فالخامس من هذا كله كون الحد يمتثل في درته بلا شك
ومعلوم أن هذه الاستفسارات المفيدة لصد الاحتيال للدره كلها كانت بعد الثبوت لانه كان بعد
صريح الاقرار وبه الثبوت وهذا هو الحاصل من هذه الآثار ومن قوله ادروا الحدود بالشبهات
فكان هذا المعنى مقطوعا بثبوت من جهة الشرع فكان الشك فيه شكافي ضروري فلا يلتفت الى
قائله ولا يعقل عليه وانما يقع الاختلاف أحيانا في بعض أهى شبهة صالحة للدره وألا يبين الفقهاء
اذا عرف هذا فنقول الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت والفقهاء في تقسيمها وتسميتها اصطلاحات
فالشافعية قالوا الشبهة ثلاثة أقسام في المحل والفاعل والجهة أما الشبهة في المحل فوطء زوجته
الحائض والصائمة والمحترمة وأمته قبل الاستبراء وجارية ولده ولا حد فيه ولو وطئ أمته المحترمة
عليه برضاع أو نسب أو صهرية كأخته أو بنته منهن أو أمه من الرضاع أو موطوءة أبيه أو ابنته يجب
الحد على الاظهر وأما الشبهة في الفاعل فنقل أن يجدا امرأة على فراشه فيطأها ظانا أنها امرأته فلا حد
واذا ادعى أنه ظن ذلك صدق بيمينه وأما الشبهة في الجهة قال الاصحاب كل جهة صححها بعض العلماء
وأباح الوطء بها الا حد فيها وان كان الواطئ به متقد التحريم كالوطء في النكاح بلا ولي وبلا شهود
وأصحابنا قسموا الشبهة قسمين شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة أي شبهة في حق من
اشتبه عليه دون من لم يشبهه عليه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك أي الثابت شبهة حكم
الشرع بمحل المحل (قوله فالاولى تحقق في حق من اشتبه عليه الخ) أي من اشتبه عليه الحل والحرمة

بشبهة في حق من لم يشبهه
عليه حتى لو قال علمت أنها
تحرمت على حد (وشبهة في
المحل وتسمى شبهة
حكمية) وتسمى شبهة
ملك أيضا فانها لا توجب
الحد وان قال علمت أنها
حرام على (فالاولى تحقق
في حق من اشتبه عليه لان
معناه أن يظن غير الدليل
دليلا) كما اذا ظن أن جارية
امرأته تحل له بناء على أن
الوطء نوع استخدام واستخدام
الجارية محل فكذا الوطء
فيكون تحققها بالنسبة
الى الطان (والثانية تحقق
بقيام الدليل النافي للحرمة
في ذاته) لكن لا يكون
عاما للمانع اتصال بها
(و) هذه (لا تتوقف على ظن
الجاني واعتقاده

(قوله وكل موضع لا يجب
فيه على الرجل لا يجب
على المرأة) أقول سيجي
عن المصنف أن الزنا فعل
الرجل حقيقة وتسمية
المرأة زانية مجاز ثم سيجي

أن الحربى اذا زنى بدمية والمكرمة بمطاوعة تمد الذمية والمطاوعة دون الحربى والمكرمة عند أبي حنيفة وهذا الذى
ذكره الشارح مخالف لما سيجي وجوابه أنه وجب فيها أيضا وانما السقوط للمانع كسقوط القصاص من الاب فلا مخالفة (قوله
وانما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقيق الزنا) أقول الاول أن يقول لبيان اعتبارهم انتفاء الملك وشبهته حتى يطابق كلام
المصنف الا أن يقال المقصود بالبيان انتفاء الشبهة وانتفاء الملك أمر ظاهر لا يحتاج الى البيان وإيراد المصنف في التعريف ليكون
كالتمهيد لذلك الشبهة فليتامل (قوله وتقرير كلامه الخ) أقول فيكون تعليلا للحكم الضمى الذى يفهم من التعريف (قوله لانه فعل
محذور يوجب الحد فيعتبر فيه) أقول أي يعتبر في الخطر

والحد يسقط بالتوعين (جميعا) (لاطلاق الحديث) لكن في الاولى عند الظن وفي الثانية على كل تقدير (والنسب يثبت في الثاني) أي في الوطء الثاني وقيل أي في المذكور الثاني والاوّل أن يقال في النوع الثاني (إذا ادعى الولد ولا يثبت في الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض) أي خالص (زنا في) الشبهة (الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه) أي الى الواطئ وقيل هذا ليس بجري على عمومه فان المطلق الثلاث يثبت فيها النسب لان هذا وطء في شبهة العقد فيكفي لاثبات النسب وفي الايضاح المختلعة والمطلقة بعوض ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثا وعقد شبهة الفعل وهي في ثمانية مواضع كاذكر فاذا قال ظننت أنها تحل لي فلا حد لان الانسان ينتفع بماله هو لا بحسب انتفاعه بماله نفسه فكان هذا ظنا في موضع الاشتباه فيمتنع الحد وان قال الرجل علمت أنها حرام علي وقالت الجارية ظننت أنه يحل لي لا يحد واحد منهما أما المرأة فللدعوى الشبهة وأما الرجل فلان الزنا يقوم بهما فاذا سقط الحد عن المرأة سقط عن الرجل لمكان الشبهة على ما سيجي فان قيل ما وجه الاشتباه في المطلق الثلاث حتى لا يحد اذا قال ظننت (١٤١) أنها تحل لي أجيب بأن وجهه

بقائه بعض الاحكام بعد الطلقات الثلاث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب الى سنتين فان قيل بين الناس اختلاف في أن من طلق امرأته ثلاثا هل يقع أولا فينبغي أن يكون ذلك شبهة في اسقاط الحد أجيب بأنه خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه وانما قيد الطلاق البائن بالمال لانه اذا لم يكن على مال فوطئها في العدة فلا حد عليه وان قال علمت أنها علي حرام على ما يجي وشبهة أم ولد اعتقها مولاهما ما قلنا في المطلقة ثلاثا وهي في العدة من قيام أثر الفراش فكان الظن في موضع الاشتباه

والحد يسقط بالتوعين لا طلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاول وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الثانية

ولادليل في السمع يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن أن جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام واستخدامها حال له فلا بد من الظن والافلا شبهة أصلا لفرض أن لا دليل أصلا لتثبت الشبهة في نفس الامر فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة أصلا (والثانية) وهي الشبهة الحكمية (تحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته) كقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيد سواء ظن الحل أو علم الحرمة لان الشبهة بثبوت الدليل قائمة في نفس الامر علما أحدا ولم يعلمها (قوله والحد يسقط بكل منهما لا طلاق الحديث) يعني قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات (قوله والنسب يثبت في الثاني) أي في شبهة المحل (إذا ادعى الولد ولا يثبت في الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا) لفرض أن لا شبهة ملك الا أن الحد سقط لظنه فضلا من الله وهو أمر راجع اليه أي الى الواطئ لا الى المحل فكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطء وكذا لا يثبت به عدة لانه لا عدة من الزنا قيل هذا غير مجرى على عمومه فان المطلقة الثلاث يثبت النسب منها لانه وطء في شبهة العقد فيكفي ذلك لاثبات النسب وفي الايضاح المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثا قال شارح بل هو على ظاهره وثبوت نسب المبتوتة عن ثلاث أو خلع ليس باعتبار وطء في العدة بل باعتبار علوق سابق على الطلاق ولذا ذكرنا أن نسب ولدها يثبت الى أقل من سنتين ولا يثبت اتمام سنتين يعني لانه اذا كان لاقل من سنتين أمكن اعتبار العلوق قبل الطلاق بخلاف ما اذا كان اتمامها وأنت علمت في باب ثبوت النسب أنها اذا جاءت به لتمام سنتين انما لا يثبت نسبها اذ لم يدعه أما اذا ادعاه فانه قد نص على أنه يثبت ويحمل على وطء في العدة بشبهة والكلام ههنا مطلق في عدم ثبوت النسب معللا بأنه زنا محض فلا بد من الجمع بحمل أحد النصين على ما هو الاول في النظر وذلك بما ذكرنا من شبهة العقد بخلاف باقي محال شبهة الاشتباه بجارية أبيه وأمه ونحوهما فانه لا شبهة عقد

وشبهة العبد في جارية المولى انبساط يد العبد في مال مولاه والجارية من ماله فجاز أن يظن حل الانبساط فيها بالوطء

(قال المصنف والنسب يثبت في الثاني اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاول) أقول في الكافي اذا وطئ الجد أمة ولد له لا يحد لشبهة الملك فان حدث فولدت لا يثبت نسبها عند قيام الأب ونقل صاحب النهاية عن خزاعة الفقيه أبي الليث اذا زني بجارية تافلتة والأب في الاحياء وقال ظننت أنها علي حرام لا يحد ويثبت النسب اه وفي معراج الدرر ذكر البرزوي وطئ جارية حافده والأب في الاحياء لا يجب الحد باعتبار الولاد والشبهة نشأت من الابوة وهي قائمة ولهذا يعتق عليه لكن ليس له ولاية التملك حال قيام الأب الا قرب فلا يمكن تحقيق الفراش مع مساس الحاجة فينبغي وطؤها في غير الملك لكن فيه شبهة الملك فتسكني لدره الحد ولا تسكني لاثبات النسب اه قال الاتقاني الحد اذا وطئ جارية ولد له لا يثبت النسب ولا يجب الحد اذا كان الأب في الاحياء كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اه (قوله وقيل هذا ليس بجري على عمومه) أقول وهذا القول غير مقبول عند الشارح كما سيجي في الورق الآتي (قوله لان هذا وطء في شبهة العقد) أقول فيه بحث

(والجارية الموهوبة في حق المهرن في رواية كتاب الحدود) يعني اذا قال المهرن ظننت انها تحل لي لا يحسد علي رواية كتاب الرهن لا يجب الحد سواء ادعى الظن أو لم يدع كافي الجارية المشتركة لانه ووطي جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه عليه أو لم يشتبه قياسا على مال ووطي جارية اشتراها على ان البائع بالخيار وانما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك فقد انعقد له فيها سبب الملك في الحال ويحصل حقيقة الملك عند الهلاك ووجه ما ذكره في كتاب الحدود هو ان عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المنفعة بحال فاما لو ورث فبذلك المنفعة (١٤٣)

فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية أبيه وأمه وزوجته والمطلقة ثلاثا وهي في العدة وباتنا بالطلاق على مال وهي في العدة وأم ولد أعنتها مولاه وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية الموهوبة في حق المهرن في رواية كتاب الحدود ففي هذه المواضع لا حد عليه اذا قالت ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها على حرام وجب الحد * والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة ثلاثا فاما ثانيا بالكتابات والجارية المبعة في حق البائع قبل التسليم

بحال فاما لو ورث فبذلك المنفعة المحل شبهة حكمية وعلى هذا كان يجب عليه الحد اشتبه أو لم يشتبه كافي الجارية المستأجرة للخدمة الا أنه لا يجب اذا اشتبه عليه لانه موضع اشتباه لان ملك المال في الجملة سبب الملك المنفعة وان لم يكن سببا في الرهن وقد انعقد له سبب ملك في حق المال فيشبهه انه هل ينبت له بهذا القدر ملك المنفعة أولا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يتصور ان يكون ذلك سبب ملك المنفعة بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشبه وبخلاف البيع بشرط الخيار لانه انما يفيد الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب الملك المنفعة فقد انعقد له سبب ملك المنفعة وهنا انما يملك مال المهرن عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد ملك المنفعة في حال من الأحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة * ثم عذ الشبهة في المحل وهي

فهي ما قلنا ثبت النسب بالدعوة * فشبهة الفعل في ثمانية مواضع أن يوطأ جارية أبيه أو أمه وكذا جده وجمته وان عاليا أو زوجته أو المطلقة ثلاثا في العدة أو بائنا على مال وكذا المختلعة بخلاف البينة بلا مال فهي من الحكمية أو أم ولده التي أعنتها وهي في عده والعبد يوطأ جارية مولاه والمهرن يوطأ الموهوبة في رواية كتاب الحدود وهو الاصح والمستعبر للرهن في هذا بمنزلة المهرن (ففي هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها حرام على وجب الحد) ولو ادعى أحدهما الظن والاخر لم يدع لاحد عليهما حتى يقر اجمعانه لهما الحرمة لان الشبهة اذا ثبتت في الفعل من أحد الجانبين تعدت الى الآخر ضرورة * والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة ثلاثا فاما ثانيا بالكتابات والجارية المبعة اذا ووطئها البائع قبل تسليمها الى المشتري والمجعولة مهورا اذا ووطئها الزوج قبل تسليمها الى الزوجة لان الملك فيهما لم يستقر للزوجة والمشتري والمالك كان مسلطا على ووطئها ملك البس مع الملك وملك البس ثابت والملك الزائل من زلزل والمشتري كذا بين الواطي وغيره والمهرن اذا ووطئها المهرن في رواية كتاب الرهن وعلمت انها ليست بالمختارة (ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها على حرام) لان المانع هو الشبهة وهي ههنا قائمة في نفس الحكم أي الحرمة القائمة فيها شبهة انها ليست بثابتة نظر الى دليل الحل على ما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لا يليك ونحوه ولا اعتبار بعرفته بالحرمة وعدمها وفي الايضاح في المهرن اذا قال ظننت انها تحل لي ذكر في كتاب الرهن أنه لا يحسد وفي كتاب الحدود يحسد فلا يعتبر ظنه لانه لا استيفاء من عينها بل من معناها فلم يكن الوطء حاصل في محل الاستيفاء أصلا فلا شبهة فعل وصار كالغريم اذا ووطي جارية الميت ووجه عامة الروايات أنه انعقد فيها سبب الملك في الحال ويصير مستوفيا ومالك بالهلاك من وقت الرهن فصارت جارية اشتراها والخيار للبائع ووجه رواية كتاب الحدود أن عقد الرهن لا يفيد ملك المنفعة بحال فهي كالمستأجرة للخدمة ومقتضاها أن يجب الحد وان اشتبه الا أن ملك العين في الجملة سبب الملك المنفعة وان لم يكن في الرهن سببا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يمكن كونه سببا لملك المنفعة وبخلاف البيع بالخيار فانه يفيد الملك حال قيام الجارية بخلاف الموهوبة لا يفيد الملك الا مع هلاكها فلا يتصور كون ملكها سببا للاستمتاع بها فكان كذلك المنفعة هذا وقد دخل في سبب الملك صور مثل ووطء جارية عبدا للمأذون المدين ومكاتبه ووطء البائع الجارية المبعة بعد

في ستة مواضع على ما ذكرها (جارية ابنه) لقيام مقتضى الملك وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لا يليك القبض (والمطلقة ثلاثا فاما ثانيا بالكتابات) لاختلاف الصحابة في كونها رجعية أو بائنة (والجارية المبعة في حق البائع قبل التسليم) لان البدائي كان بها متسلطا على الوطء باقية بعد فصارت شبهة في المحل (قوله فاما لو ورث فبذلك المنفعة) أقول لفظة ما في قوله فاما لو ورث فبذلك (قوله وان لم يكن سببا في الرهن) أقول لانه انما يملك مال المهرن بعد الهلاك ولا يقبل ملك المنفعة كما سنده

(والمهورة في حق الزوج قبل القبض) لقيام ملك اليد (والمشتركة) لقيام الملك في النصف (والمهونة في حق المهرين في رواية كتاب الرهن) وقد ذكرنا وجهه (ففي هذه المواضع لا يجد) بكل تقدير وهذا النوعان من الشبهة هو ما كان راجعا الى الفاعل والقائل وثم شبهة أخرى وهي التي ثبتت بالعقد فانما عند أبي حنيفة تثبت به سواء كان العقد حلالا أو حراما متفقا عليه (١٤٣) أو مختلفا فيه وسواء كان الواطئ عالما

بالحرمة أو جاهلا بها (وعند العلماء) الباقي لا تثبت اذا علم بتحريره وبظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتينا ان شاء الله تعالى (اذا عرفنا هذا) أي هذا الذي ذكرنا من بيان نوعي الشبهة سهل تخريج الفروع على ذلك وهو واضح عما ذكرناه وفصوله (وقد نطق الكتاب) يعني قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد وقوله (ولا يعتبر قول المخالف فيه) يريد به قول الزيدية والامامية فان الزيدية تقول اذا طلقها ثلاثا باجالة لا يقع الا واحدة والامامية تقول انه لا يقع شيء أصلا لكونه خلاف السنة وبرغم من أنه قول على رضي الله عنه (لأنه خلاف لا اختلاف) والفرق بينهما أن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفا والمقصود واحدا والاختلاف أن يكون كلاهما مختلفا وقوله (ولو قال ظننت أنها تحل لي) ظاهر وقوله (في حق النسب) يعني النسب باعتبار العساق والسابق على الطلاق لا النسب بهذا الوطء فإنه لا يثبت

والمهورة في حق الزوج قبل القبض والمشاركة بينه وبين غيره والمهونة في حق المهرين في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت أنها على حرام ثم النسبة عند أبي حنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريره وهو عالم به وعند الباقي لا تثبت اذا علم بتحريره وبظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتينا ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا (ومن طلق امرأته ثلاثا فأن وطئها في العدة وقال علمت أنها على حرام حد) لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون النسبة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الإجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لأنه خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت أنها محل لي لا يجد لان الظن في موضعه لان أثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في إسقاط الحد

القبض في البيع الفاسد والتي فيها الخيار للشري وينبغي أن يراد جاريته التي هي أخيه من الرضاع وجاريته قبل الاستبراء والاستبراء يفيد غير ذلك أيضا كالزوجة التي حرمت بردها أو عطاوعتها لانبثاقها أو جماعه أمهاتها جامعها وهو يعلم أنها عليه حرام فلا حد عليه ولا على فاذقه لان بعض الأئمة لم يحرم به فاستحسن أن يدرأ بذلك الحد فلاقتصار على السنة لا فائدة فيه (قوله ثم النسبة عند أبي حنيفة تثبت بالعقد وان كان العقد متفقا على تحريره وهو عالم به وعند الباقي لا تثبت هذه الشبهة اذا علم بتحريره وبظهر ذلك في نكاح المحارم) فصارت النسبة على قول أبي حنيفة ثلاثة شبهة الفعل وشبهة المحل وشبهة العقد وكذا قسمها في المحيط وذكر في شبهة العقد أن بطلان التي تزوجها بغير شهود أو بغير إذن مولاه أو هي أمة أو وطئ العبد من تزوجها بغير إذن مولاه قال ولو تزوج أمة على حرة أو مجوسية أو خسافي عقد أو جمع بين أختين بوطء وقال علمت أنها حرام لاحد عليه عند أبي حنيفة وعندهما يجب الحد (قوله وقد نطق الكتاب بانتفاء المحل) اذا قال تعالى فان طلقها يعني الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره (وعلى ذلك الإجماع فلا يعتبر قول المخالف فيه) أي في المحل وهم الامامية والزيدية القائلون بان الطلاق الثلاث بكاملة لا يقع به الا واحدة فتكون حلالا لزوجها (لأنه خلاف) به - د تقررا الإجماع فلا يعتبر (لا اختلاف) كائنا بين الامامة حال تردد الواقعة بينهم قبل تقررا الإجماع ليعتبر وهذا لما قدمناه في أول كتاب الطلاق من أن إجماع الصحابة تقر في زمن عمر على ذلك وأن الأحاديث الواردة في أنها تكون واحدة يجب كونها كانت مقيدة الى آخر ما يعلم فيما أسلفناه وصح عن علي رضي الله عنه وقوع الثلاث خلاف ما نقلوا عنه ثم لا يخفى أن ترتيب المصنف بالفاء قوله فلا يعتبر انما هو على الإجماع لا على المجموع منه ومن قوله نطق الكتاب بانتفاء المحل لان محل انتفاء المحل في الكتاب ما اذا وقع الثالثة بعد تقدم تنكيز ولا خلاف لاحد فيها انما خلافتهم في الثلاث بمرة واحدة وليس هو متناول النص (قوله ولو قال ظننت أنها محل لي لا يجد لان الظن في موضعه لان أثر الملك قائم) بقيام العدة حتى يثبت النسب اذا ولدت وله حبسها عن الخروج وعليه نفقتها ولذا يحرم عندنا نكاح أختها وأربع سواها وتنعى شهادة كل منهما لصاحبه فأمكن أن نفيس حل الوطء على بعض هذه الأحكام فتجعل الاشتباه عليه عذرا في سقوط الحد عنه بخلاف ما لو وطئ امرأة أجنبية وقال ظننت

(قوله والمهورة في حق

الزوج) أقول أي التي جعلت مهرا (قوله قبل القبض) أقول أي قبل قبض الزوجة (قوله هو ما كان راجعا الى الفاعل الخ) أقول كانه بشرا لا دفع اختلال الحصر بتقييد المقسم بما يكون راجعا الى أحدهما (قال المصنف ثم النسبة عند أبي حنيفة حيثما تثبت بالعقد) أقول أي النسبة في المحل وعندهما تلك شبهة اشتباه فلا خلل في الحصر في نوعين كما لا يخفى ولو سلم أنها مغايرة لهما فالمقسم هو النسبة التي لا اختلاف فيها

وأما الولد إذا اعتقها مولاهما والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار في العدة (ولو قال لها أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك فاخترت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام لم يحد) لا اختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه فمن مذهب عمر أنها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا إذا نوى ثلاثا بالقيام بالاختلاف مع ذلك (ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد لده وان قال علمت أنها علي حرام) لان الشبهة حكيمية لانها انشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك والابوة قائمة في حق الجد

وقوله (وكذا إذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك) أي كذلك الحكم إذا نوى من ألفاظ الكناية ثلاثا ثم وطئها في العدة لا يحد وان قال علمت أنها علي حرام لان اختلاف الصحابة لا يرتفع بنية الثلاث فكانت الشبهة قائمة فلا يجب الحد وقوله (ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد لده) يعني وان كان ولده حيا وقد بشر إلى ذلك تعليل الكتاب وهو قوله والابوة قائمة في حق الجد

أنها تحل لي أو جارية أجنبية على ما يأتي لانه في غير موضعه (قوله وأما الولد إذا اعتقها مولاهما) وهي في العدة (والمختلعة والمطلقة على مال كالمطلقة ثلاثا لثبوت الحرمة بالاجماع) يريد حرمة أن يطأها في العدة بخلاف الرجعية فإنه لا اجماع في حرمة ونحوه (ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام لا يحد لا اختلاف الصحابة) في الكناية (فمن مذهب عمر أنها) أي الكنايات (رجعية) وكذا عن ابن مسعود في مصنف عبد الرزاق حدثنا الثوري عن منصور حدثني إبراهيم عن علقمة والاسود أن ابن مسعود جاء إليه رجل فقال كان بيني وبين امرأتى كلام فقالت لو كان الذي بيدك من امرئ بيدي لعلمت كيف أصنع قال فقلت لها قد علمت أمرك بيدك فقالت أنا طالق ثلاثا قال ابن مسعود أراها واحدة وأنت أحق بالرجعة وسألنا أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه فقال ماذا قلت قال قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال وأنا أرى ذلك وزاد من طريق آخر ولورأت غير ذلك لم نصب وأخرج ابن أبي شيبة عنهما في مصنفه أنها ما قال في البرية والخلية هي تطليقة واحدة وهو أملك برجعتها وأخرج محمد بن الحسن في الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما كانا يقولان في المرأة إذا خبرها زوجها فاخترته فهي امرأته وان اختارت نفسها فهي تطليقة وزوجها أملك بها ومن مذهب علي في خلية وبرية أنها ثلاث على ما أخرجه عنه ابن أبي شيبة إلى غير ذلك مما عن غيرهم فيها أنها واحدة أو ثلاث وبهذا يعرف خطأ من بحث في المختلعة وقال ينبغي ككونها من ذوات الشبهة الحكيمية لا اختلاف الصحابة في الخلع وهذا غلط لان اختلافهم فيه إنما هو في كونه فسحا أو طلاقا وعلى كل حال الحرمة ثابتة فإنه لم يقل أحد إن المختلعة على مال تقع فرقته طلاقا رجعيًا وكذا الوفوى ثلاثا بالكناية فوقع فوطئها في العدة عن الطلاق الثلاث وقال علمت أنها حرام لا يحد لتحقق الاختلاف وإذا كان كذلك كان هذا من قبيل الشبهة الحكيمية وعرف أن تحققها بقيام الدليل والثابت هنا قيام الخلاف ولم يعتبره أبو حنيفة حتى لم يخفف النجاسة به فوجهه أن قول المخالف عن دليل قائم اليقينة وان كان غير معمول به كما أن قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك غير معمول به في إثبات حقيقة ملك الأب لمال ابنه نفسه وهذه المسئلة بلغزبها فيقال مطلقة ثلاثا وطئت في العدة وقال علمت حرمتها لا يحد وهي ما وقع الثلاث عليها بالكناية (قوله ولا حد على من وطئ جارية ولده أو ولد لده) وان كان ولده حيا وان لم تكن له ولاية غلظ مال ابن ابنه حال قيام ابنه وتقدمت هذه المسئلة في باب نكاح الرقيق ثم في الاستبلااد وهذا لان الشبهة حكيمية لانها عن دليل هو ماروام ابن ماجه عن جابر بسند صحيح نص عليه ابن القطان والمنذري عن جابر أن رجلا قال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وأبي يريد أن يجتاح مالي فقال أنت ومالك لأبيك وأخرج الطبراني في الاصحح والبيهقي في دلائل النبوة عن جابر جاء رجل إليه عليه الصلاة والسلام فقال يا رسول الله إن أبيه يريد أن يأخذ مالي فقال عليه الصلاة والسلام ادعه إليه فلما جاءه قال له عليه الصلاة والسلام ان ابنك يزعم أنك تريد أن تأخذ مالي فقال سله هل هو الاعمانه أو قراباته أو

قال (ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية) وقد ذكرناه (واذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحمل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه) وإن قال علمت أنها على حرام حد وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه) لأن بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع قطنه في الاستمتاع

ما أنفق على نفسه وعيالي قال فهبط جبريل عليه السلام فقال يا رسول الله إن الشيخ قال في نفسه شعر المسموعة أذناه فقال له عليه الصلاة والسلام قلت في نفسك شعر المسموعة أذناك فهاته فقال لا يزال يزيدنا الله بك بصيرة وبقينا ثم أنشأ يقول

غذوئك مولودا ومنشك يا فعيا * نعل بما أجنى عليك وتنهل
إذا ليلة ضافتك بالسقم لم أبت * لسقمك إلا ساهرا أتمهل
نخاف الردى نفسي عليك وإنها * لتعلم أن الموت حتم موكل
كأنني أنا المطروق دونك بالذي * طرفت به دوني فعيني تهمل
فلما بلغت السن والغاية التي * اليك مرأما فبك كنت أومل
جعلت جزائي غلظة وفظاظة * كأنك أنت المنعم المتفضل
فلبتك إذ لم تزع حتى أبوني * فعلت كما الجار المجاور يفعل
فأوليتني حق الجوار ولم تكن * على بمال دون مالك تخلص

وقوله (وقد ذكرناه) أي في باب نكاح الرقيق

قال فبكى صلى الله عليه وسلم ثم أخذ بتلييب ابنه وقال اذهب أنت ومالك لأبيك وروى حديث جابر الأول من طرق كثيرة وقول المصنف بعد هذا (ويثبت النسب) يقتضي باطلا فانه أن يثبت نسب ولد الجارية من وطئه والدسيدها ووجهه وإن كان ولده الذي هو سيد الأمة حياته قال في وضع المسئلة لا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده ثم قال ويثبت النسب أي من وطئ جارية ولده وولد ولده لكنه إنما أراد من وطئ جارية ولده فقط بدليل قوله وعليه قيمة الجارية وهو فرع غلظتها والجد لا يملكها حال حياة الأب وما وقع في نسخ النهاية مما نقله عن خزائن الفقه لأبي الليث إذا زنى بجارية نافلتها والأب في الأحياء وقال ظننت أنها على حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحكم بغلظه وأنه سقط عنه لفظة لا لأن جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته ونفس أبي الليث صرح في شرح الجامع الصغير أنه لا يثبت لأنه محجوب بالأب وصرح به في الكافي وفي المبسوط أن من وطئ جارية وولد له فجات بولد فادعاء فإن كان الأب حيا لم تثبت دعوة الجد إذا كذبه وكذا الولدان صحة الاستيلاء تبني على ولاية نقل الجارية إلى نفسه وليس للجد ولاية ذلك في حياة الأب ولكن إن أقرب به ولد الولد عتق باقراره لأنه زعم أنه ثابت النسب من الجد وأنه عمه فيعتق عليه بالقرابة ولا شيء على الجد من قيمة الأمة لأنه لم يملكها وعليه العقر لأن الوطء ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكيمية وهي البسوة فيجب العقر وكذلك إن كانت ولده بعد موت الأب لأقل من ستة أشهر لأننا علمنا أن العلوق كان في حياة الأب وأنه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها إلى نفسه وإن كانت ولده بعد موته بستة أشهر فهو مصدق في الدعوة صدقه ابن الابن أو كذبه لأن العلوق حصل بعد موت الأب والجد عند عدم الأب كالأب في الولاية فله أن ينقلها إلى نفسه بدعوة الاستيلاء (قوله) وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها حملت فلا حد عليه ولا على قاذفه) وزفر بمحمد اقيام الوطء الخالي عن الملك وشبهته ولا عبرة بتاويله الفاسد كما لو وطئ جارية أخيه أو عمه على ظن الحل (وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه) فقال ظننت أنها حملت فلا حد عليه ولا على قاذفه (لأن بين هؤلاء) أي بين الإنسان وبين أبيه وأمه وزوجه والعبد وأمة سيده (انبساطا في الانتفاع فظن أن منه الاستمتاع) بخلاف ما بين

قوله (وكذا اذا قالت الجارية) معطوف على قوله وقال ظننت انها محل لي وقد قدمناه وقوله (في الظاهر) يتعلق بقوله وكذا أي لا حد على العبد في ظاهر الرواية (لان الفعل واحد) فورود الشبهة في احد الجانبين يكفي لاسقاط الحد عن الآخر فان قيل يشكل هذا بما اذا زنى البالغ بصبيبة حيث يجب الحد على البالغ دون الصبيبة مع ان الفعل هناك أيضا واحد أجيب بان سقوط الحد في جانب الصبيبة لم يكن باعتبار الشبهة (١٤٦) بل باعتبار عدم الاهلية للعقوبات وكلامنا فيما اذا تمكنت في فعل واحد من أحد

الجانبين شبهة فان ذلك يؤثر في الجانب الآخر (وان وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت انها محل لي حد) لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما ينال (ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء إنها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر) قضى بذلك على رضى الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد

الانسان وأخيه وعمه على ما يأتي (فكان شبهة اشتباه الا أنه زنا حقيقة فلا يحد فاذفه) وقوله (وكذا الجارية) أي اذا قالت الجارية ظننت أن عبد مولاي أو ابن مولاي أو مولائي محل لي أو زوج سيدتي وكذا في الآخرين (والفعل لم يدع) ذلك لا يحد (في ظاهر الرواية لان الفعل واحد) وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يحد بالفعل لان الشبهة انما تمكنت في التبعية وهي المرأة لانها تابعة في الزنا فلا تكون متمكنة في الاصل بخلاف ثبوتها في جانب العبد اذا قال ظننت حلها لان الثبوت في الاصل يستتبع التبعية وأجيب بان الفعل لما كان واحدا له نسبة اليهما كان ما ثبت فيه ما يتعلق بكل من طرفيه وأورد عليه ما لو زنى البالغ بصبيبة يحد هودونها أجيب بان سقوط الحد عن الصبيبة لا للشبهة في الفعل فانه لم يثبت شبهة فوجب الحكم عليه وانما تعذر ايجابه عليها لانها ليست أهلا للعقوبة بخلاف ما نحن فيه فان الشبهة لما تحققت في الفعل نفت الحد عن طرفيه واذا سقط الحد كان عليه العقر لزوجه وغيرها ولا يثبت نسب ولدها لو جاءت به جارية الزوجة وغيرها وان صدقته الزوجة انه ولده (قوله وان وطئ جارية أخيه أو عمه) ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة (وقال ظننت انها محل لي حد) لانه لا شبهة في الملك ولا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الآخر فدعوى ظنه الحل غير معتبرة ومعنى هذا أنه علم أن الزنا حرام لكنه ظن ان وطأه هذه ليس زنا محرما فلا يعارض ما في المحيط من قوله شرط وجوب الحد أن يعلم ان الزنا حرام وانما يفيه مسئلة الحربى اذا دخل دار الاسلام فأسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال لا يلتفت اليه ويحد وان كان فعله أول يوم دخل الدار لان الزنا حرام في جميع الديان والملل لا يختلف في هذه المسئلة فكيف يقال اذا ادعى مسلم أصلى أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لا بتفاه شرط الحد ولو أراد أن المعنى ان شرط الحد في نفس الامر علمه بالحرمة في نفس الامر فاذا لم يكن عالما لا حد عليه كان قليل الحدوى أو غير صحيح لان الشرع لما أوجب على الامام أن يحد هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الامر لانه لا معنى لكونه واجبا في نفس الامر الا وجوبه على الامام لانه لا يجب على الزاني أن يحد نفسه ولا أن يقرب الزنا بل الواجب عليه في نفس الامر بينه وبين الله تعالى التوبة والانابة ثم اذا اتصل بالامام ثبوته وجب الحد على الامام هذا وأورد أنه لو سرق من بيت أخيه وعمه ونحوهم لا يقطع فظهر أن بينهما انبساطا أجيب بان القطع منوط بالاحتمال من الحرز ودخوله في بيت هؤلاء بلا حشمة واستئذان عادة يبنى معنى الحرز فانتفى القطع أما الحد فنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت هنا (قوله ومن زفت) أي بعثت (اليه غير امرأته) وقال النساء هي زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر) وهذه اجماعية لا يعلم فيها خلاف ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة

الجانبين شبهة فان ذلك يؤثر في الجانب الآخر (وان وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت انها محل لي حد) لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما ينال (ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء إنها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر) قضى بذلك على رضى الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد الانسان وأخيه وعمه على ما يأتي (فكان شبهة اشتباه الا أنه زنا حقيقة فلا يحد فاذفه) وقوله (وكذا الجارية) أي اذا قالت الجارية ظننت أن عبد مولاي أو ابن مولاي أو مولائي محل لي أو زوج سيدتي وكذا في الآخرين (والفعل لم يدع) ذلك لا يحد (في ظاهر الرواية لان الفعل واحد) وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يحد بالفعل لان الشبهة انما تمكنت في التبعية وهي المرأة لانها تابعة في الزنا فلا تكون متمكنة في الاصل بخلاف ثبوتها في جانب العبد اذا قال ظننت حلها لان الثبوت في الاصل يستتبع التبعية وأجيب بان الفعل لما كان واحدا له نسبة اليهما كان ما ثبت فيه ما يتعلق بكل من طرفيه وأورد عليه ما لو زنى البالغ بصبيبة يحد هودونها أجيب بان سقوط الحد عن الصبيبة لا للشبهة في الفعل فانه لم يثبت شبهة فوجب الحكم عليه وانما تعذر ايجابه عليها لانها ليست أهلا للعقوبة بخلاف ما نحن فيه فان الشبهة لما تحققت في الفعل نفت الحد عن طرفيه واذا سقط الحد كان عليه العقر لزوجه وغيرها ولا يثبت نسب ولدها لو جاءت به جارية الزوجة وغيرها وان صدقته الزوجة انه ولده (قوله وان وطئ جارية أخيه أو عمه) ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة (وقال ظننت انها محل لي حد) لانه لا شبهة في الملك ولا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الآخر فدعوى ظنه الحل غير معتبرة ومعنى هذا أنه علم أن الزنا حرام لكنه ظن ان وطأه هذه ليس زنا محرما فلا يعارض ما في المحيط من قوله شرط وجوب الحد أن يعلم ان الزنا حرام وانما يفيه مسئلة الحربى اذا دخل دار الاسلام فأسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال لا يلتفت اليه ويحد وان كان فعله أول يوم دخل الدار لان الزنا حرام في جميع الديان والملل لا يختلف في هذه المسئلة فكيف يقال اذا ادعى مسلم أصلى أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لا بتفاه شرط الحد ولو أراد أن المعنى ان شرط الحد في نفس الامر علمه بالحرمة في نفس الامر فاذا لم يكن عالما لا حد عليه كان قليل الحدوى أو غير صحيح لان الشرع لما أوجب على الامام أن يحد هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الامر لانه لا معنى لكونه واجبا في نفس الامر الا وجوبه على الامام لانه لا يجب على الزاني أن يحد نفسه ولا أن يقرب الزنا بل الواجب عليه في نفس الامر بينه وبين الله تعالى التوبة والانابة ثم اذا اتصل بالامام ثبوته وجب الحد على الامام هذا وأورد أنه لو سرق من بيت أخيه وعمه ونحوهم لا يقطع فظهر أن بينهما انبساطا أجيب بان القطع منوط بالاحتمال من الحرز ودخوله في بيت هؤلاء بلا حشمة واستئذان عادة يبنى معنى الحرز فانتفى القطع أما الحد فنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت هنا (قوله ومن زفت) أي بعثت (اليه غير امرأته) وقال النساء هي زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر) وهذه اجماعية لا يعلم فيها خلاف ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة

من

اذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت وكلامه واضح

(قوله هذا من باب الشبهة في المحل) أقول فيه بحث بل الظاهر أنه من باب شبهة الاشتباه كما صرح به الزيلعي والنسفي في الكافي وصاحب الايضاح ألا ترى أن الظاهر انه ان علم انها ليست امرأته يحد وذلك يكون في شبهة الاشتباه ليس الا (قوله بناء على دليل أطلق الشرع الخ) أقول نعم الا انه مع قيام دليل الحرمة والشبهة في المحل تكون مع قيام الدليل النافي للحرمة (قوله ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت) قول فيه أن القياس كان ذلك الا انه ثبت على خلاف القياس دفعا لضرر الغرور كما اعترف به

قوله (ولا يحد قاذفه الا في

رواية عن أبي يوسف) يعني انه يقول فيها ان احصائه لم يسقط بهذا النعل لانه بنى الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطء حلالا في الظاهر فلا يسقط به احصائه ووجه الظاهر ان الملك منعدم حقيقة فلم يبق الظاهر الاشبهية وبها يسقط الحد ولا يقام الحد على قاذفه وقوله (لانه قد ينال على فراشه ما غيرهما من المحارم التي في بيتها) يعني فلا يصلح مجرد النوم على فراشه دليل لا شرعا في مكان مقصرا فيجب الحد وانما قال (وقالت انا زوجتك) لانها اذا اجابت بالفعل ولم نقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد كذا في الايضاح (ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يجب عليه الحد اذا كان علم بذلك لان هذا عقلم بصادف محله) وكل عقلم بصادف محله بلغوا (كما اذا أضيف الى الذكور)

(قوله ووجه الظاهر الى قوله ولا يقام الحد على قاذفه) أقول فيه بحث

(١) وكان يجب الخ هذا انما يتمشى على نسخة وقالوا

والشافعي يعطف الظاهر على الضمير كما هو ظاهر كذا بهامش نسخة العلامة البصري

دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذا الانسان لا يميز بين امراته وبين غيرها في أول الوهلة فصار كالغرور ولا يحد قاذفه الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان الملك منعدم حقيقة (ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينال على فراشه ما غيرهما من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان أعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا ان كان دعاها فأجابته أجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل (ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة) ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقلم بصادف محله فبلغوا كما اذا أضيف الى الذكور

من المشايخ ودفع بانه يثبت النسب من هذا الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه نسب فالوجه انه شبهة دليل فان قول النساء هو زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء فان قول الواحد مقبول في المعاملات ولذا حل وطء الامة اذا جاءت الى رجل وقالت مولاي أرسلني اليك هدية فاذا كان دليلا غير صحيح في الواقع أوجب الشبهة التي يثبت معها النسب وعلى المرفوفة العدة (قوله ولا يحد قاذفه الا في رواية عن أبي يوسف) فان احصائه لا يسقط عنه مذهب الوطء لانه ووطئها على انه نكاح صحيح معتمد ادليلا ولذا يثبت النسب والمهر باجماع الصحابة فيكون وطئا حلالا ظاهرا وأوجب بانه لما بين خلاف الظاهر بقي الظاهر معتبرا في ابراث الشبهة وبالشبهة سقط الحد لكن سقط احصائه لوقوع الفعل زنا وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لان في شبهة المحل لا يكون الفعل زنا والحاصل انه لو اعتبر شبهة اشتباه أشكل عليه ثبوت النسب وأطلقوا ان فيها لا يثبت النسب وان اعتبر شبهة محمل اقتضى انه لو قال علمتها حراما على اعلمى بكذب النساء لا يحد ويحد قاذفه والحق انه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه وكون الاخبار يطلق اجماع شرع ليس هو الدليل المعتمد في شبهة المحل لان الدليل المعتمد فيه هو ما مقتضاه ثبوت الملك نحو أنت ومالك لا ييك والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعا مجرد الفعل غير انه مستثنى من الحكم المرتب عليه أعني عدم ثبوت النسب للاجماع فيه وبهذه والمعتدة ظهر عدم انضباط ما مهدوه من أحكام الشبهتين (قوله ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) خلافا لائمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد فاسوها على المرفوفة بجامع ظن الحل ولنا أن المسقط شبهة الحل ولا شبهة ههنا أصلا سوى أن وجدها على فراشه ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن اليه (وهذا لانه قد ينال على الفراش غير الزوجة) من حباثتها الزائرات لها وقراباتهما فلم يستند الظن الى ما يصلح دليل حل فيكون كالوطن المستأجرة للخدمة والمودعة حلالا فوطئها فانه يحد قال (وكذا اذا كان أعمى) لان الوجود على الفراش كما ذكرنا ليس صالحا لاستناد الظن اليه (وغيره) مثل ما يحصل بالنعمة والحركات المألوفة فيحد أيضا (الا اذا دعاها فأجابته أجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل) وجاز تشابه النعمة خصوصا لو لم تطل الصحبة وقيد بقوله وقالت انا زوجتك لانها لو لم تقل بل اقتصرت على الجواب بنعم ونحوه فوطئها يحد لانه يمكن التمييز بأكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا في اطمئنان النفس الى أنها هي (قوله ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها) بأن كانت من ذوى محارمه بنسب كأمه أو ابنته (فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة) وسفيان الثوري وزفر وان قال علمت انها على حرام ولكن يجب عليه بذلك المهر ويعاقب عقوبة هي أشد ما يكون من التعزير سياسة لاحد ما قدر اشرا اذا كان عالما بذلك واذا لم يكن عالما لاحد ولا عقوبة تعزير (وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي) وكذا مالك وأحمد (يجب الحد اذا كان عالما بذلك) (١) وكان يجب أن يوسط الضمير المنفصل فيقول وقالاهما والشافعي لما عرف أن العطف على ضمير الرفع المتصل

(النصرف) بيان لقوله عقد لم يصادف محله لان محل النصرف (ما يكون محلا لحكمه) وهذا المحل ليس محلا لحكمه (لان حكمه المحل وهي من المحرمات ولا يخيصة أن العقد صادف محله لان محل النصرف ما يكون قابلا لمقصوده) وهو التوالده هنا (وبنات آدم قابلة لذلك) قوله وهذا المحل ليس محلا لحكمه فلنا ليس محلا لحكمه أصلا أو في وقت دون وقت والاول ممنوع لانه كان محلا في شريعة من قبلنا والثاني مسلم ولكن كونه محلا في الجملة لا يجوز أن يكون شبهة في درء الحد فان الفعل لم يقع زنا باللغة ولا عرفا فان أهل اللغة لا يفصلون بين الزنا وغيره الا بالعقد والفرض وجوده وأولاد أهل الذمة من محارمهم لا تنسب الى الزنا في العرف وهم يفترون على نكاح المحارم ولا يقرون على الزنا بل يحدون عليه (و) اذا ثبت أن العقد صادف محله (كان ينبغي أن ينعقد في حق جميع الاحكام الا أنه تقاعد عن افادة حقيقة (الحل) بنحریم الشرع في ديننا (فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس يثبت الا أنه ارتكب جرعة وليس فيها حد مقدر فيعزر)

وهذا لان محل النصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه المحل وهي من المحرمات ولا يخيصة رحمه الله أن العقد صادف محله لان محل النصرف ما يقبل مقصوده والاثني من بنات آدم قابلة للتوالده والمقصود وكان ينبغي أن ينعقد في جميع الاحكام الا أنه تقاعد عن افادة حقيقة المحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا أنه ارتكب جرعة وليس فيها حد مقدر فيعزر

لا يجوز الا أن يفصل بضمير منفصل أو غيره على قول والافشاذاضعيف وعلى هذا الخلاف كل محترمة برضاع أو صهرية متفق عليه وأما غير ذلك ففي الكافي لحاظ الدين منكوحة الغير ومعندته ومطلقته الثلاث بعد التزوج كالحرم قال وان كان النكاح مختلفا فيه كالنكاح بلاولي وبلاشهود فلا حد عليه اتفاقا لتسكن الشبهة عند الكل وكذا اذا تزوج أمة على حرة أو تزوج مجوسية أو أمة بلا اذن سيدها أو تزوج العبد بلا اذن سيده فلا حد عليه اتفاقا أما عنده فظاهر وكذا عندهما لان الشبهة انما تنفي عندهما اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التأييد وفي بعض الشروح أراد بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعندة الغير ونكاح الخامسة وأخت المرأة في عتقها والمجوسية والأمة على الحرة ونكاح العبد والأمة بلا اذن المولى والنكاح بغير شهود ففي كل هذا لا يجب الحد عند أبي حنيفة وان قال علمت أنها على حرام وعندهم يجب اذا علم بالتحريم والافلا ثم قال وليكنهما قال لا فيماليس يحرم على التأييد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارض حيث جعل في الكافي الأمة على الحرة والمجوسية والأمة بلا اذن السيد وتزوج العبد بلا اذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد وجعلها هذا الشارع من محل الخلاف فعندهما يحد وأضاف الى ذلك ما سمعت ثم لا يخفى ما في عبارته من عدم التحرير ثم قول حافظ الدين في الكافي في تعليل سقوط الحد في تزوج المجوسية وماعهالان الشبهة انما تنفي عندهما يعني حتى يجب الحد اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التأييد يقتضي حينئذ أن لا يحد عندهما في تزوج منكوحة الغير وماعهالانها ليست محترمة على التأييد فان حرمتها مقيدة ببقائها نكاحها وعدتها كما أن حرمة المجوسية مغيبة بتجسسها حتى لو أسلمت حلت كما أن تلك لو طلقت وانقضت عدتها حلت وأنه لا يحد عندهما الا في المحارم فقط وهذا هو الذي يغلب على ظني والذين يعتمدون على نقلهم وتحريرهم مثل ابن المنذر كذلك ذكروا في ابن المنذر عنهما أنه يحد في ذات المحرم ولا يحد في غير ذلك قال مثل أن يتزوج مجوسية أو خامسة أو معندة وعبارة الكافي لها كما تفيد ذلك حيث قال رجل تزوج امرأة من لا يحل له نكاحها فدخل بها قال لا حد عليه وان فعله على علم لم يحد أيضا وبوجع عقوبة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمدان علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم الى هنا لفظه فعم في المرأة التي لا يحل له في سقوط الحد على قول أبي حنيفة ثم خص مخالفته ما بذوات المحارم من ذلك العموم فاللفظ ظاهر في ذلك على ما عرف في الروايات وفي مسألة المحارم رواية عن جابر رضي الله عنه أنه يضرب عنقه وتقتل عن أحمد واسحق وأهل الظاهر وقصر ابن حزم قتله على ما اذا كانت امرأة أبيه قصر اللحد بث الا في مورد وفي رواية أخرى عن أحمد تضرب عنقه ويؤخذ ماله لبيت المال وذلك لحديث البراء قال لقيت خالي ومعه راية فقلت له أين تريد قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل نكح امرأة أبيه أن أضرب عنقه وأخذ ماله وهذا الحديث رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وروى ابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وقع على ذات محرم منه فاقطعوا رقبته وأجيب بأن معناه أنه عقد مستحلا فارتد بذلك وهذا لان الحد ليس ضرب العنق وأخذ المال بل ذلك لازم للكفر وفي بعض طرقه عن معاوية بن قرة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث جده معاوية الى رجل عرس بامرأة

أبيه أن يضرب عنقه ويخمس ماله وهذا يدل على أنه استحل ذلك فأرندبه ويدل على ذلك أنه ذكر في الحديث أنه عزم بها وتعرسه بها لا يستلزم وطأها أباهما وغير الوطء لا يحد به فضلا عن القتل فحيث كان القتل كان للردة وهذا لا يتخلو عن نظر فان الحكم لما كان عدم الحد والقنن بغير الوطء كان قتله جائزا كونه لو طئته وكونه لردته فلا يتعين كونه للردة ويجاب بأنه أيضا لا يتعين كونه للوطء فلا دليل فيه على أحدهما بعينه وذلك يكفينا وقالوا جاز فيه أحدا لأمري أن لا يستحلل أو أمر بذلك سياسة وتعزيرا وجهه القائل بالحد أنه وطئ في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطي أهل للعدا لم بالتحريم فيجب الحد كما لو لم يوجد العقد وليس العقد شبهة لأنه نفسه جنابة هنا توجب العقوبة انضمت إلى الزنا فلم تكن شبهة كالوأكرهها وعاقبها ثم زنى بها ومدار الخلاف أن هذا العقد يوجب شبهة أم لا فعندهم لا كما ذكر وعند أبي حنيفة وسفيان وزفر نعم ومدار كونه يوجب شبهة على أنه ورد على ما هو محله أولا فعندهم لا لأن محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه الحل وهذه من المحرمات في سائر الحالات فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده لأنه لا انعقاد في غير المحل كما لو عقد على ذكر فعندهم لا لأن المحلية ليست لقبول الحل بل لقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها ويتأمل بسير يظهر أنهم لم يتواردوا على محل واحدة في المحلية فهم حيث نفوا محليتها أرادوا بالنسبة إلى خصوص هذا العاقد أي ليست محل العقد هذا العاقد ولذا علوه بعدم حلها ولا شك في حلها لغيره بعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو العقد وهو حيث أثبت محليتها أراد محليتها بنفس العقد لا بالنظر إلى خصوص عاقد ولذا علل بقوله مقاصده فان قلت فقد أطلق الكل من الحنفية في الفقه والاصول عدم محلية المحارم لنكاح المحرم ففي الأصول حيث قالوا إن النهي عن المضامين والملاقح ونكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم محله وفي الفقه كثير ومنه قولهم محل النكاح أنثى من بنات آدم ليست من المحرمات فالجواب أن المراد نفي المحلية لعقد النكاح الخاص وأنت علمت أن أبا حنيفة إنما أثبت محليتها للنكاح في الجملة لا بالنظر إلى خصوص نكاح ولا شك في ذلك في النظر في أن أي الاعتبارين في ثبوت المحلية أولى كونه قابلا للمقاصد أو كونه حلالا انظرنا إلى المعنى وهو أن الأصل أن يتبع الحل قيام الحاجة لتدفع به وهو المقصود ترجيح قوله أو إلى السمع أعني محل الإجماع وهو قول الكل إن المية ليست محل البيع مع أنها إنما فيها عدم الحل ترجحوا وقد رجح قول أبي حنيفة بقوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها حكم بالبطلان وأوجب المهر وهو مسقط للعد بالاتفاق وكونه لا يعتقده على ظاهره لا يضرب لانه مؤول بتأويلين أحدهما أنه آيل إلى البطلان باعتراض الولي بأن كان غير كفء والآخر تخصيصه بما إذا لم يكن للمرأة ولاية على نفسها كالامة والصبية وعلى هذا فهو باطل على ظاهره وهو أقرب التأويلين لندرة فسخولي بسبب عدم كفاءة من زوجت المرأة نفسها منه وقد حكم فيه بالمهر ان دخل لكن في الخلاصة قال الفتوى على قولهما ولعل وجهه أن تحقق الشبهة يقتضي تحقق الحل من وجهه لأن الشبهة لا محالة شبهة الحل لكن حلها ليس ثابتا من وجهه والأوجب العدة وثبت النسب ودفع بأن من المشايخ من التزم ذلك وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة أقل ما يمتنى عليه وجود الحل من وجهه وهو منتف في المحارم وشبهة الحل ليس بثبوت الحل من وجهه فان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت فلا ثبوت لما لا يشبه الثبوت بوجهه من الوجوه ألا ترى أن أبا حنيفة ألزم عقوبته بأشده ما يكون وانما لم يثبت عقوبة هي الحد فعرف أنه زنا محض عنده إلا أن فيه شبهة فلا يثبت نسبه ومن شبهة العقد ما إذا استأجرها ليزني بها ففعل لاحد عليه ويعزر وقالاهما والشافعي ومالك وأحمد يحدلان عقد الإجارة لا يستباح بالبضع فصار كالواستأجرها للطبخ ونحوه من الأعمال ثم زنى بها فانه يحد اتفاقا وله

قوله (ومن وطئ أجنبية فيمادون الفرج) أي في غير السبيلين كالتمخيذ والبطين (عزرا لانه فعل منكربس فيه شيء مقدر) قوله (ومن أتى امرأة) قبل يريد أجنبية لانه اذا أتى امرأته أو عملوا كته (في الموضع المكروه) أي الدبر لا يحد حد الزنا عندهما أيضا وان كان محرما عليه وبه صرح في الزيادات لان من الناس من يستعمله بقوله تعالى الاعلى أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم من غير فصل بين محل ومحل (أو عمل قوم لوط فلا حد عليه) (١٥٠) عند أبي حنيفة ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالوا هو كالزنا

فبحد حد الزنا جلدا ان كان غير محصن ورجان كان محصنا (وهو أحد قول الشافعي رحمه الله وقال في قول آخر يقتلان بكل حال) أي سواء كانا محصنين أو لم يكونا (ل قوله صلى الله عليه وسلم اقتلوا الفاعل والمفعول وروى فارجوا الاعلى والاسفل ولهما انه) أي اللواط (في معنى الزنا) وقيل أي كل واحد من العمل في الموضع المكروه وفعل اللواط وفي بعض النسخ انهما في معنى الزنا (لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجهه فمحض حراما لقصد سفح الماء) وهو مناط الحد في الزنا فيلحق به اللواط بالدلالة لا بالقياس لان القياس لا يدخل فيما يدربا بالشبهات (وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجبيه من الاحراق بالنار وهدم الجدار عليه والتكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك) من الحبس في أثنى المواضع حتى يموتوا ولم يختلفوا

(ومن وطئ أجنبية فيمادون الفرج يعزر) لانه منكربس فيه شيء مقدر (ومن أتى امرأة في الموضع المكروه أو عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالوا هو كالزنا فبحد) وهو أحد قول الشافعي وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول وروى فارجوا الاعلى والاسفل ولهما أنه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجهه فمحض حراما لقصد سفح الماء وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبيه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو أندرو قوعا لانعدام الداعي من أحد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين ومارواه محمول على السياسة أو على المستحل الا أنه يعزر عند ما يئناه

أن المستوفى بالزنا المنفعة وهي المعقود عليه في الاجارة لكنه في حكم العين فبالنظر الى الحقيقة تكون محلا لعقد الاجارة فأورث شبهة بخلاف الاستحجار للطبخ ونحوه لان العقد لم يضاف الى المستوفى بالوطء والعقد المضاف الى محل يورث الشبهة فيه لا في محل آخر وفي الكافي لو قال أمهرتك كذا لآزني بك لم يجب الحد وهكذا لو قال استأجرتك أو خذني هذه الدراهم لا طأك والحق في هذا كله وجوب الحد اذا المذكور معنى يعارضه كتاب الله قال الله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا فاما المعنى الذي يفيد أن فعل الزنا مع قوله أزني بك لا يجلد معه للفظ المهر معارض له (قوله ومن وطئ أجنبية فيمادون الفرج) بأن أوجب في مغابن بطنها ونحوه وليس المراد ما يعم الدبر وهي المسئلة الآتية (يعزر لانه منكربس) محرم (ليس فيه تقدير) ففيه التعزير ومثله ما اذا أتت امرأة امرأة أخرى فانهما يعزران لذلك (قوله ومن أتى امرأة) أي أجنبية (في الموضع المكروه) أي دبرها (أو عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ولكنه يعزر) ويسجن حتى يموت أو يتوب ولو اعتاد اللواط قتله الامام محصنا كان أو غير محصن سياسة أما الحد المقدر شرعا فليس حكمه وقالوا هو كالزنا وهذه العبارة تفيد اعترافهما بأنه ليس من نفس الزنا بل حكمه حكم الزنا فيحد حدان لم يكن أحصن ورجان أحصن وذكر في الروضة أن الخلاف في الغلام أما لو وطئ امرأة في دبرها حد بخلاف والاصح أن الكل على الخلاف نص عليه في الزيادات ولو فعل هذا بعدد أو آمنه أو زوجته بنكاح صحيح أو فاسد لا يحد اجماعا كذا في الكافي نعم فيه ما ذكرناه من التعزير والقنصل لمن اعتاده ان رأى الامام ذلك لكن للشافعي في عبده وأمنه ومنكوحته قولان وهل تكون اللواط في الجنة أي هل يجوز كونها فيها قيل ان كان حرمتها عقلا وسمعا لا تكون وان كان سمعا فقط حازا أن تكون والصحيح أنها لا تكون فيها لانه تعالى استبعده واستقبحه فقال ما سبقكم بهما من أحد من العالمين وسماء خبيثة فقال كانت تعمل الخبائث والجنة منزهة عنهما (وقال) الشافعي (في قول يقتلان) ففي وجهه بالسيف (بكل حال) أي بكرين كانا أو ثيبين وفي قول برجان بكل حال وبه قال مالك وأحمد وفي قول آخر وهو الصحيح من مذهبه يحد جلد أو تغريبا ان كان

في موجب الزنا فدل على انه ليس بزنا (ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب) بخلاف الزنا بكرا (وكذا هو أندرو قوعا) من الزنا (لانعدام الداعي في أحد الجانبين) يعني على ما هو الجبلية السلمية (والداعي الى الزنا من الجانبين) وان لم يكن في معناه لا يلحق به دلاله فبقى القياس والقياس في مثله باطل (ومارواه) من قتلهما أو رجعهما (محمول على السياسة أو على المستحل) للكفر بذلك (الا أنه يعزر عنده) أي عند أبي حنيفة (لما يئناه) أنه ارتكب جريمة وليس فيه حد مقدر قال في الزيادات والرأي فيه الى الامام ان شاء قتله ان اعتاد ذلك وان شاء ضرب به وجسه فقوله الا أنه استثناء من قوله ولا هو في معنى الزنا

بكر اوربجان أحسن وجه القتل ماروي أبو داود والترمذي وابن ماجه عن عبد العزيز بن محمد
الدروري عن عمرو بن أبي عمرو عن عكرمة من حديث ابن عباس رضي الله عنهم ما قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوه الفاعل والمفعول به قال الترمذي انما يعرف
هذا من حديث ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام من هذا الوجه ورواه محمد بن اسحق عن عمرو بن
أبي عمرو فقال ملعون من عمل عمل قوم لوط ولم يذكر فيه القتل وروى عن عاصم بن عمر عن سهيل بن أبي
صالح عن أبيه عن أبي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال اقتلوا الفاعل والمفعول به وفي اسناده مقال
ولا يعلم أحد رواه عن سهيل بن أبي صالح غير عاصم بن عمر العمري وهو يضعف في الحديث من قبل حفظه
وبسند السنن رواه أحمد في مسنده والحاكم وقال صحيح الاسناد وقال البخاري عمرو بن أبي عمرو
صدوق لكنه روى عن عكرمة منا كبر وقال النسائي ليس بالقوي وقال ابن معين ثقة يكره عليه
حديث عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام اقتلوا الفاعل والمفعول به وقد أخرج له الجماعة
وأخرج الحاكم بطريق آخر وسكت عنه ونعقبه الذهبي بان عبد الرحمن العمري ساقط وإذا كان
الحديث بهذه المثابة من التردد في أمره لم يجوز أن يقدم به على القتل مستمرا على أنه حد ولو سلم جل على
قتله سياسة ولهما أنه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على وجه الكمال لمجرد قصد سفح
الماء بل أبلغ حرمة وتضييع الماء لان الحرمة قد تنكشف في الزنا بالعقد وقد يتوهم الولد فيه بخلاف
اللاواط فيه ما ثبتت حكم الزنا به دلالة نص حد الزنا بالقياس ولا يحنيفة أنه ليس بزنا ولا معناه فلا
يثبت فيه حد وذلك لان الصحابة اختلفوا في موجهه فمنهم من أوجب فيه التحريق بالنار ومنهم من
قال يهدم عليه الجدار ومنهم من يلقيه من مكان مرتفع مع إتباع الاجار فلو كان زنا في اللسان أو في
معناه لم يختلفوا بل كانوا يتفقون على إيجاب حد الزنا عليه فاختلافهم في موجهه وهم أهل اللسان أدل
دليل على أنه ليس من مسمى لفظ الزنا لغة ولا معناه وأما الاستدلال بقول القائل

من كف ذات حري زى ذى ذكر * لها محبب ———— سان لوطى وزنا

فلعدم معرفة من ينسب اليه البيت وقول من قال حيث قال قائلهم وذكر البيت غلط وذلك أنه ليس
بعربي بل هو من شعر أبي نواس من قصيدته التي أولها

دع عنك لوى فان اللوم لغراء * وداوى بالتى كانت هى الداء

وهي قصيدة معروفة في ديوانه وهو مولد لا تثبت اللغة بكلامه مع أنه ينبغي تطهير كتب الشريعة عن
أمثاله وأيضا لا يثبت دلالة لان المعنى المحرم في الزنا ليس اضاعة الماء من حيث هو اضاعته لجواز
اضاعته بالعزل بل افضاؤه الى اضاعة الولد الذي هو اهلاله معنى فان ولد الزنا ليس له أب يربيه والام
بفرد هاجرة عنه فيشب على أسوأ الاحوال ولانه قد يدعيه بعض السفهاء وان لم يثبت نسبه شرعا
ليختص به وينفعه ويشتبه على من هو له فيقع التقاتل والفتنة وليس شيء من ذلك في اللواط (وكذا
هو أندرو وقوعا من الزنا لانعدام الداعي من الجانبين) على الاستمرار بخلاف الزنا تحققه من الجانبين فيه
على وجه الاستمرار لاندرة وقوع الزنا بصيغة لا تشتهى أصلا اذ قلما يكون ذلك ولا عبرة بأوكديته
الحرمة في ثبوت عين موجب الآخر ولذا لا يحذر شرب البول انجم على نجاسته ويحذر شرب الخمر
فلزم من هذا أن لا يثبت الحد بطريق الدلالة الا اذا كان في المساوى من كل وجه دون الاعلى بل ذلك
قد يكون له زاجر قوي وقد لا الا بعد عقاب الآخرة وأما تخريج مجامع الصحابة فروى البيهقي في شعب
الايمان من طريق ابن أبي الدنيا احمد ثنا عبد الله بن عمر احمد ثنا عبد العزيز بن أبي حازم عن داود بن بكر
عن محمد بن المنكدر أن خالد بن الوليد كتب الى أبي بكر انه وجد رجلا في بعض نواحي العرب يشكح
كأنه كح المرأة فجمع أبو بكر الصحابة فسألهم فكان من أشدهم في ذلك فولا على رضي الله عنه قال

(ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه) لانه ليس في معنى الزنا في كونه جنابة وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا أنه يعززلما يئناه والذي يروى أنه تذييع البهيمه وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب (ومن زنى في دار الحرب أو في دار البقي ثم خرج البنا لا يقيم عليه الحد) وعند الشافعي رحمه الله لا يحد لانه التزم باسلامه احكامه أينما كان مقامه

(ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه) لانه ليس في معنى الزنا في كونه جنابة (اذ ليس فيه تضييع الولد ولا افساد الفراش) (ولا في وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه وانما يحمله على ذلك نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره) أي ستر فرج البهيمه وانما أضر عليه وان لم يسبق ذكره لان ذكر البهيمه يستلزمه فكان مرجعه حكما (الا أنه يعززلما يئناه) أنه ارتكب جرعة وليس فيها حد مقدر وما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أتى بهيمة فاقتلوه شاذ لا يصل به ولو ثبت قتلاؤه مستحل ذلك الفعل (والذي يروى أنه تذييع البهيمه) وهو ما روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه أتى برجل أتى بهيمة فأمر بالبهيمه فذبحت وأحرقت بالنار (فذلك لقطع التحدث به) كي لا يعبر بها الرجل اذا كانت البهيمه باقية (لأنه واجب) قال (ومن زنى في دار الحرب أو في دار البقي ثم خرج البنا) وأقر عند الامام بالزنا (لا يقيم عليه الحد وقال الشافعي رحمه الله لا يحد لانه التزم باسلامه احكامه أينما كان مقامه

(ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه) لانه ليس في معنى الزنا في كونه جنابة وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا أنه يعززلما يئناه والذي يروى أنه تذييع البهيمه وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب (ومن زنى في دار الحرب أو في دار البقي ثم خرج البنا لا يقيم عليه الحد) وعند الشافعي رحمه الله لا يحد لانه التزم باسلامه احكامه أينما كان مقامه

هذا ذنب لم يعص به الا امة واحدة صنع الله بها ما علم نرى أن تحرقه بالنار فاجتمع رأي الصحابة على ذلك قال ور واما الواقدي في كتاب الردة في آخر ردة بنى سليم وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا غسان بن مضر عن سعيد بن يزيد عن أبي نضرة قال سئل ابن عباس ما حد اللواطه قال ينظر الى أعلى بناء في القسرية فيرى منه منكسا ثم يبيع بالحجارة ورواه البيهقي أيضا من طريق ابن أبي الدنيا وكان مأخذ هذا أن قوم لوط أهلكوا بذلك حيث حلت قراهم ونكست بهم ولا شك في اتباع الهديم بهم وهم نازلون وذكر مشايخنا عن ابن الزبير يحبسان في أتن المواضع حتى يموتتا وأما استدلالهم بتسميتها فاحشة في قوله تعالى أنا نون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين فدفعوا بأن الفاحشة لا تخص لغة الزنا قال تعالى ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن وقول المصنف (الا أنه يعززلما يئناه) أي من أنه منكرا ليس فيه شيء مقدر (قوله ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه) وكذا اذا زنى بهيمة لانه للزجر وانما يحتاج الى الزجر فيما طريق وجوده منفردا ليس كذلك لانه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وان اتفق بعضهم ذلك لغلبة الشبق فلا يفتقر الى الزجر لجر الطبع عنه (ولهذا لا يجب ستره في البهيمه الا أنه يعززلما يئناه) من أنه منكرا ليس فيه تقدير شرعي ففيه التعزير (والذي يروى أنه تذييع البهيمه وتحرق فذلك لقطع امتداد التحدث به) كما روي فتأذى الفاعل به وليس بواجب واذا ذبحت وهي بما لا تؤكل ضمن قيمتها ان كان مال الكها غيرة لانها ذبحت لأجله وان كانت مما تؤكل أكلت وضمن عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا تؤكل والمراد بالمرورى ما روى أصحاب السنن الاربعه عن عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا ما قلته ما شأن البهيمه قال ما أراه قال ذلك الا أنه كره أن يؤكل لحمها أو ينفع بها وقد عمل بها ما عمل ولعل قول ابن عباس هذا هو المتمسك لابي يوسف في عدم أكلها الا أن المعنى الذي عينه الاصحاب من قطع التعبير أقرب الى النفس رواه ابن ماجه عن ابراهيم بن اسمعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة والباقون عن عمرو بن أبي عمرو وتقدم الكلام على عمرو هذا وأما ابراهيم بن اسمعيل بن أبي حنيفة فقال أحدثه وقال البخاري منكر الحديث وضعفه غير واحد من الحفاظ وضعف أبو داود وهذا الحديث بطريق آخر وهو أنه روى عن عاصم ابن أبي النجود عن أبي رز بن عن ابن عباس موقفا عليه ليس على الذي يأتي البهيمه حد وهو الذي روى عنه الزفع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يقتلها ما وناؤا وبه المذكور آنفا ومحال أن يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القتل ثم يخالفه وكذا أخرجه الترمذي والنسائي وقال الترمذي وهذا أصح من الأول ولفظه من أتى بهيمة فلا شيء عليه وأخرج الحاكم حديث عمرو بن أبي عمرو بزيادة وقال صحيح الاسناد (قوله ومن زنى في دار الحرب أو في دار البقي ثم خرج البنا) فأقر عند القاضي به (لا يقيم عليه الحد وعند الشافعي) ومالك (يحد لانه التزم باسلامه احكام الاسلام أينما كان مقامه) قلنا سلمنا أنه ملتزم للاحكام لكن الحد ليس يجب عليه حتى يكون ملتزمه بالتزامه احكام الاسلام بل انما يتضمن التزامه تلميم نفسه اذا وجب عليه الحد عند القاضي ففرضي باقامته عليه وليس الكلام في هذا بل في نفس وجوب الحد وانما يجب على الامام عند ثبوته عنده فهذا الدليل في غير محل النزاع فالوجه أن يقال وجب على الامام الاقامة على الزاني مطلقا أينما كان رتاه وحينئذ نقول امتنع بالنص وهو

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تقام الحدود في دار الحرب (ووجه التمسك به انه صلى الله عليه وسلم لم يرد به حقيقة عدم الاقامة حسالان كل واحد يعرف انه لا يمكن اقامة الحد في دار الحرب لا تقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد بعدم الاقامة عدم وجوب الحد فان قيل هذا الحديث معارض بقوله فاجلدوا فلا يقبلن (١٥٣) من ذلك فيجوز التخصيص بعد ذلك بخبر

الواحد والقياس لانه لم يبق حجة قطعية على هذا اطلاق الشارحون وفيه نظير يعرف باستحضار قواعد الاصول وهو أن التخصيص بهما انما يصح بعد التخصيص بلفظ مقارن وليس في الآية بوجود ويجوز أن يقال حصل التخصيص بلفظ مقارن وهو قوله تعالى كل واحد منهما فان الضمير راجع الى الزاني والزانية والزنا وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته كما تقدم فخرج منه من لم يكن رجلا واذا خص مقارنا جاز التخصيص بعدمه بخبر الواحد والقياس وقوله (ولان المقصود هو الانزجار) يعني ان وجوب الحد ليس لعينه وانما هو للانزجار والانزجار يحصل بالاستيفاء والاستيفاء متعذر لا تقطاع ولاية الامام فلو وجب الحد لعري عن الفائدة وذلك لا يجوز واذا لم ينقد موجبا لا يقام بعدم ما خرج لثلاثة الحكم بغرسب وأنت الضمير في قوله لانهم لم تنقد بتأويل الفاحشة قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة أو بتأويل الوطأة

ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيها فيعري الوجوب عن الفائدة ولا تقام بعدم ما خرج لانهم لم تنقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالحليفة وأمير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف أمير العسكر والسرية لانه لم تفوض اليه الاقامة

وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولان الوجوب مشروط بالقدره ولا قدرة للامام عليه حال كونه في دار الحرب فلا وجوب والاعرى عن الفائدة لان المقصود منه الاستيفاء ليحصل الزجر والفرض ان لا قدرة عليه واذا خرج والحال انه لم ينقد سبب الايجاب حال وجوده لم ينقلب موجبا حال عدمه لكن الحديث المذكور وهو قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب لم يعلم له وجود وروى محمد في كتاب السير الكبير عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من زنى أو سرق في دار الحرب وأصاب بها حدثا ثم هرب فخرج الشافعية لا يقام عليه الحد والله أعلم به وعن الشافعي قال قال أبو يوسف حدثنا بعض أشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال لا تقام الحدود في دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدو قال وحدثنا بعض أصحابنا عن ثور بن يزيد عن حكيم بن عمار عن عمر بن الخطاب كتب الى عمر بن سعد لا نصارى والى عماله أن لا تقيموا الحدود على أحد من المسلمين في أرض الحرب حتى يخرجوا الى أرض المصالح قال الشافعي ومن هذا الشيخ ومكحول لم يدرك زيد بن ثابت وأنت تعلم أن هذا نوع انقطاع ومعتقد أبي يوسف انه داخل في الارسال وان حذف الشيخ لا يكون من العدل المجتهد الا للعلم بثبوتة فلا يضر على رأي منبني المرسل شيء من ذلك بعد كون المرسل من أئمة الشأن والعدالة وهذا الاخير رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا ابن المبارك عن أبي بكر بن أبي مرزوق عن حكيم بن عمار عن زاذل عن حماد بن عيسى عن الشيطان أن يلحق بالكفار انتهى أثر آخر رواه ابن أبي شيبة أيضا حدثنا ابن المبارك عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مرزوق عن حماد بن عيسى عن عتبة بن رومان ان أبا الدرداء انتهى أن يقام على أحد حدث في أرض العدو وأخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن بسر بن ارطاة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تقطع الايدي في السفر انتهى ولفظ الترمذي في الغزو وقال الترمذي حدثت غريب والعمل عليه عند بعض أهل العلم منهم الاوزاعي يرون أن لا يقام الحد في الغزو بحضرة العدو ومخافة أن يلحق من يقام عليه الحد بالعدو فاذا رجع الامام الى دار الاسلام أقام عليه الحد واعلم ان مع الاوزاعي أحدوا حتى فذهبهم ناخرا الحد الى القبول وبسر بن ارطاة ويقال ابن أبي ارطاة اختلف في صحته قال البيهقي في المعرفة أهل المدينة يسكرون سماع بسر من النبي صلى الله عليه وسلم وكان يحيى بن معين يقول بسر بن ارطاة رجل سوء قال البيهقي وذلك لما اشتهر من سوء فعله في قتال أهل الحررة اه فلا والله سمعه منه عليه الصلاة والسلام لا تقبل رواية من رضى ما وقع عام الحررة وكان من أعوانها والحق أن هذه الآثار لو ثبتت بطريق موجب للعمل معاملة بمخافة لحاق من أقيم عليه بأهل الحرب وانه يقام اذا خرج وكونه يقيم اذا خرج الى دار الاسلام خلاف المذهب فان قيل ليس معنى قوله في الآثار المتقدمة حتى يخرجوا الى أرض المصالح انه حينئذ يقيم حد الزنا الذي كان في دار الحرب بل انه اذا صار الى أرض المصالح يقيم عليه حد الزنا اذا زنى قلنا أنظهر الاحتمالين الاول ولو سلم احتمالهما على السواء فلا يترجح الثاني وعلى اعتبار الاحتمال الاول هو خلاف المذهب مع انه معارضة بما أخرجه

(٣٠ - فتح القدير رابع) وقوله (ولو غزا) ظاهر وقوله (في معسكره) إشارة الى أنه لو خرج من معسكره ودخل دار الحرب وزنى فيها ثم خرج لا يقام عليه الحد (والسرية) قيل هم الذين يسرون بالليل ويختفون بالنهار ومنه خير السرايا أربعائة

(قوله اجيب بان مواضع الشبهة خصت من ذلك الى قوله وفيه نظير) أقول قوله خصت يعني بالاجماع كما ذكره السكاكي في دفع نظره بذلك (قوله فخرج منه من لم يكن رجلا الخ) أقول فيه بحث فان الزاني لم يتناوله ولا خروج الابعاد الدخول فابن التخصيص

وقوله (واذا دخل حربي دارنا بآمان) حاصل اختلاف أصحابنا في هذه المسئلة شمول الوجوب في الذمي والذمية وشمول العدم في الحربي والحربية عند أبي حنيفة وهذا الشمول لا يتغير بمغايرة أحد الطرفين لآخر بكونه حربيا أو ذميا أو ذكرا أو أنثى وعند محمد عدم التغير ثابت في جانب الحربي والحربية وأما في جانب الذمي فيتفاوت بين الذكرا والأنثى فيما إذا اختلف حاله ما حيث يحدد الذمي ولا يحدد الحربية وفي العكس لا يحددان وهو قول (١٥٤) أبي يوسف وألا وقال آخر بشمول الوجوب في الأنواع كلها (له أن المستامن التزم

أحكامنا مدة مقامه في دارنا كما أن الذمي التزمها مدة عمره ومن التزم أحكامنا تنفذ عليه كل مسلم والذمي (ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا) فان قبل لو كان كذلك لاقم عليه حد الشرب لانه من أحكامنا أجاب بقوله (بخلاف حد الشرب لانه يعتقدا باباحته) فان قلت فهو يعتقدا باباحة قتل المسلم وقذفه فينبغي أن لا يقتض منه ولا يحد لقذفه قلت المعنى باعتقاد الاباحة هو أن يكون ذلك دينا وقتل النفس والقذف حرام في دينهم فباحتهم ذلك ليست بدين وانما هو وهوى ونعصب (ولا يبي حنيفة ومحمدان التزم الاحكام انما هو بالتزام القرار في الدار لان الاتصاف بكونه من دارنا انما يكون بذلك والحربي ما التزم ذلك لانه دخل الحاجة كالجارة ونحوها فلم يصير من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به) واذا لم يصير من دارنا وكان دخوله لحاجة (كان ملتزما من الاحكام ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد) لانه لما دخل

(واذا دخل حربي دارنا بآمان فزني بذمية أو زني ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند أبي حنيفة ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رحمه الله في الذمي) يعني اذا زني بحربية فاما اذا زني الحربي بذمية لا يحددان عند محمد رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا (وقال أبو يوسف رحمه الله يحدون كلهم) وهو قوله الآخر لا يبي يوسف رحمه الله أن المستامن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقدا باباحته ولهما انه ما دخل للقرار بل الحاجة كالجارة ونحوها فلم يصير من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به وانما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الاتصاف

أبو داود في المراسيل عن مكحول عن عباد بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أقبوا حدود الله في السفر والحضر على القريب والبعيد ولا تبالوا في الله لومة لائم والمرسل حجة موجبة قال ورويناها بأسناد موصول في السنن فلا شك في عدم صحة الاحتجاج بمثل هذا الحديث على عدم الوجوب من الأصل وأيضاً معارض إطلاق فاجلدوا ونحوه فيكون زيادة فان أجيب بأنه عام خص منه مواضع الشبهة فهو مدفوع بأن الزنا نفسه ما خوذ فيه عدمها فانه الوطء في غيره مكشوفته فترتيبه سبحانه ايجاب الحد على الزنا ترتيب ابتداء على ما لا شبهة فيه فتكون هذه الاخبار مخصصة أول وأما الدليل العقلي المذكور فعليه أن يقال لا نسلم ان عمر الامام عن اقامة حال دخول الزنا في الوجود يوجب أن لا فائدة في الايجاب انما ذلك لو عجز مطلقا لكان ثبت الوجوب في الحال معلقا بالقدرة ولكنه يجاب بأنه لا معنى لهذا الكلام وتخصيصه أن يقال جاز أن يثبت في الحال تعليق الايجاب بالقدرة أي اذا قدرت فأقم عليه فالوجوب معدوم في الحال وموجود عند تحقق القدرة في المال لأن المعلق بالشروط كذلك وحيث جوابه ان هذا المعنى ممكن لكن أين دليله فان الآيات انما تنفد تجيز الوجوب لا تعليقه ونحن نعلم أن القدرة شرط التكليف فنعلم انتفاء مقتضاها في الزاني في دار الحرب فأي دليل تعليق الايجاب حال زنا الزاني في دار الحرب باقتدار الامام عليه فاذا لم يثبت لم يثبت تعليقه كما لم يثبت تجيزه فان أجيب بان تعليقه يثبت بما تقدم من الآثار المفيدة أنه اذا رجع الى دار الاسلام أقامه يدفع بأنه معارض بحديث مراسيل أي داود وهو يرجح الاحتمال الخالف للذهب من ذينك الاحتمالين وأيضاً قد يقال عليه لا نسلم أن حال الزنا يجب على الامام الاقامة بل انما يجب اذا ثبت عنده فقبل الشبوت عنده لا يتعلق به وجوب أصلا وفرض المسئلة أنه زني في دار الحرب ثم أفرغ عند القاضي بعد الخروج أو شهد به عليه في غير تقدم وعند ذلك هو قادر ويتعلق به ايجاب الاقامة والمذهب خلافه والله أعلم قال (ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وأما المصير يقيم الحد على من زني في معسكره لانه تحت يده فالقدرة ثابتة عليه) بخلاف ما لو خرج من المعسكر فدخل دار الحرب فزني ثم عاد الى المعسكر لا يقيم به وبفد أنه لو زني في المعسكر والعسكر في دار الحرب في أيام المحاربة قبل الفتح ان يقيم له للولاية حينئذ أما أمير المعسكر والسرية فلا يقيم به لانه لم تفوض اليهما الاقامة (قوله واذا دخل حربي دارنا بآمان) وهو المستامن (فزني بذمية الخ) حاصل المسئلة اذا زني الحربي المستامن بالمسئلة أو الذمية فعليه ما الحد دون الحربي في قول أبي حنيفة وقال

ابو

الاطامع في الانصاف أي العدل لاجله على غيره (يلتزم الاتصاف) أي بالعدل لغيره عليه لان الغرم بازاء الغنم

(قوله لانه يعتقدا باباحته) أقول ونحن مأمورون بتركهم وما يدينون (قوله قلت المعنى باعتقاد الاباحة الخ) أقول الاول ان يجاب بأن الكف عنهم اذا دخل فيما التزمه لاننا أعطينا الأمان على ذلك ولا كذلك الشرب اذ لم يلتزمه كالذمي (قوله وقتل النفس والقذف حرام في دينهم) أقول ان أراد مطلقا فليس كذلك أو مقيدا فلا ينفذ (قوله لانه لم يدخل الاطامع الخ) أقول دليل على التزامه حقوق العباد

(والقصاص وحد القذف من حقوق العباد) فكان داخل في الانتصاف (وأما حد الزنا فخص حق الشرع) فلا يكون داخل فيه فلما فرغنا من الجواب عن قول أبي يوسف شرع كل منهما في إثبات ما ذهب إليه فقال محمد (الأصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما يأتي فامتناع الحد في حق الأصل) فيما إذا زنى الحربي بدمية (يوجب امتناعه في حق التبعية) والا لا يكون تبعاً فكان خلفاً (وأما الامتناع في حق التبعية) فيما إذا زنى الذي بحرية (فلا يوجب امتناعه في حق الأصل) والا لا كان مستتباً فكان أصلاً والفرض أنه تبع وذلك خلف باطل (نظير ذلك إذا زنى البالغ بصبيبة أو مجنونة) فإنه يحد البالغ دونهما لأن الامتناع في حق التبعية لا يستلزمه في حق الأصل (وتمكن البالغ من الصبي والمجنون) فإنه لا يجب الحد عليهما لأن الامتناع في حق الأصل يستلزمه في حق التبعية (ولاي خفيفة أن فعل الحربي المستأن من زنا حقيقة لأنه مخاطب بالحرمان على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا) ولهذا لو قذفه قاذفه بعد الإسلام لم يلزمه الحد لأنه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه ما منه بقوله تعالى ثم أبلغه ما منه وإذا كان كذلك كان تمكن المرأة منه زناً لأن التمكن من فعل الزنا يوجب الحد لقوله تعالى (١٥٥) الزانية والزاني فاجلدوا فيجب الحد

عليهما لوجود مقتضى وانتفاء المانع بخلاف الحربي لتحقيق المانع وهو تبليغه ما منه والمراد بالحرمان ترك الامتناع بالأوامر والانتفاء عن النواهي فإن الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفاً للعذاب عليهم (قوله على ما هو الصحيح) أجاز عن قول بعض مشايخنا العراقيين فإنهم قالوا يكونهم مخاطبين بالشرائع كلها بالعبادات والحرمان والمعاملات وقوله (وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا) إشارة إلى قول بعض أصحابنا فإنهم قالوا الكفار غير مخاطبين بالشرائع قال شمس الأئمة ومنايخ ديارنا يقولون أنهم لا يخاطبون بأوامر ما يحتمل

والقصاص وحد القذف من حقوقهم أما حد الزنا فخص حق الشرع ولمحمد رحمه الله وهو الفرق أن الأصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما ذكره أن شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبعية أما الامتناع في حق التبعية لا يوجب الامتناع في حق الأصل نظيره إذا زنى البالغ بصبيبة أو مجنونة وتمكن البالغ من الصبي والمجنون ولاي خفيفة رحمه الله فيه أن فعل الحربي المستأن من زنا لأنه مخاطب بالحرمان على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لأنهم لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكره بالمطوعة فحد المطوعة عنده وعند محمد رحمه الله تعالى عليه لا يحد

أبو يوسف أولاً لا حد على واحد منهما ثم يرجع وقال عليهما الحد جميعاً وقال محمد بقوله الأول فصار فيها ثلاثة أقوال قول أبي حنيفة فحد المزني بمسألة والذمية وقول محمد لا يحد واحد منهما وقول أبي يوسف يحد كلهم وتقييد المسألة بالمسألة والذمية لأنه لو زنى بحرية مستأمنة لا يحد واحد منهما عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يحدان ذكره في المختلف وإن زنى المسلم أو الذي بالحريية المستأمنة حد الرجل في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يحدان جميعاً والأصل أن عند أبي حنيفة ومحمد لا يجب على الحربي حد من الحدود سوى حد القذف فلا يجب عليه حد زنا ولا سرقة ولا شرب خمر وعند أبي يوسف يجب الكل إلا حد الشرب لا يجب اتفاقاً لأنه يعتقده وحد القذف يجب اتفاقاً لأن فيه حق العبد واختلفوا في حد الزنا والسرقه عند أبي يوسف يجب وعندهما لا يجب وجه قول أبي يوسف أن المستأن من التزم أحكاماً مدة مقامه في دارنا في المعاملات والسياسات كما أن الذي التزمها مدة عمره ولهذا يحد القذف ويقتل قصاصاً بمنع من الزنا وشراء العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما بخلاف حد الشرب لأنه معتقداً بآفته ووجه قول أبي حنيفة ومحمد أنه لا يدخل في القرار بل الحاجة يقضيها ويرجع علينا أن نمكنه من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستئمان ملتزماً بجميع أحكامنا في المعاملات بل ما يرجع منها إلى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد غير أنه لا بد من اعتباره ملتزماً بالانصاف وكف الذي

السقوط من العبادات وقوله (بخلاف الصبي والمجنون) جواب عن مستشهد محمد على أن سقوط الحد من الأصل يوجب السقوط من التبعية ووجه ذلك أن هذا ليس تطهيراً نحن فيه لأن الصبي والمجنون لا يخاطبان فلا يكون فعلهما زناً والتمكين من غير الزنا ليس بزناً فلا يوجب الحد والحربي مخاطب ففعله زناً والتمكين من الزنا يوجب الحد (ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكره بالمطوعة فحد المطوعة عنده وعند محمد لا يحد

(قوله وحد القذف من حقوق العباد) أقول أي في حقهم قال المصنف (ولاي خفيفة فيه أن فعل الحربي المستأن من زنا لأنه مخاطب بالحرمان) أقول قال الشارح المراد بالحرمان ترك الامتناع بالأوامر والانتفاء عن النواهي فإن الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفاً للعذاب عليهم انتهى وفي النهاية الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك ولهذا يعاقب بترك الصلاة والزكاة قال الله تعالى ما سلكتكم في سقر قالوا ألم نكن من المسلمين الآية وقال فيه الحرمان نتناول المناهي فهو قوله تعالى ولا تقربوا الزنا وقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتتناول ترك الأوامر من نحو ترك الإيمان وترك الصلوات والصوم انتهى (قوله وقوله على ما هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا رحمه الله) أقول فيه بحث أذ ليس في قول المصنف لأنه مخاطب بالحرمان ما يدل على قصر الخطاب بها حتى يصح الاحتراز بقوله على ما هو الصحيح عن قولهم يحصل بقوله على أصلنا فليتنامل

قال (واذا زنى الصبي أو المجنون) صورة هذه المسئلة ظاهرة ووجه قول زفر والشافعي قياس أحد الجانبين بالإلزام (العدو من جانبها) كافي صورة الاجماع (لا يوجب سقوط الحد من جانبها فكذا العدو من جانبها) وهو في الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوطه من جانبها والجامع أن كلامهما مؤاخذ بفعله ودليلا ظاهرا مما ذكرنا أنهما لم يحدوا حاجة إلى التكرار واعتراض عليه من وجهين أحدهما أن غير الحصان إذا زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها وإن لم يجب على الرجل فعدم الرجم على الأصل لا يوجب عدمه على التسبع فليكن نفس الحد كذلك والثاني أن الصبي أو المجنون (١٥٦) إذا زنى بالمطوعة ينبغي أن يجب المهر عليه لأن الوطء لا يخلو عن أحد

الموجبين إما الحد أو المهر وقد أورد في الذخيرة أنه لا يجب عليه المهر فيما إذا طأعته المرأة وأجيب عن الأول بأنه لا يلزم من احصان الزاني احصان الزانية لأن الاحصان موقوف على شرائط أخرى يلزم من تحقيق فعل الزانية تحقيقه منها بسبب التمكين لأن تمكينها سبب لفعل الرجل في مقام السبب مقام المسبب في حقها وعن الثاني بأن الوطء أوجبنا المهر على الصبي فيما إذا طأعته خلا لا يوجب عن الفائدة لأن لولي الصبي الرجوع عليها في الحال بمثل ذلك لأنها لم تطأعته صارت امرأة للصبي بالزنا معها وقد لحقه ذلك غرم وصح الأمر من المرأة لأن لها ولاية على نفسها

(قوله واعترض عليه من وجهين أحدهما إلخ) أقول في توجيه هذا الاعتراض على قانون المناظرة تأمل فإن ظاهره منع المقسمة التي استدلت عليها بلا تعرض لدليله وذلك لا يجوز

قال (واذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طأعته فلا حد عليه ولا عليها) وقال زفر والشافعي رجما الله تعالى يجب الحد عليها وهو رواية عن أبي يوسف رجعة الله تعالى عليه (وان زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة بجامع مثلها أحد الرجل خاصة) وهذا بالاجماع لهما أن العدو من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبها فكذا العدو من جانبها وهذا لأن كلامهما مؤاخذ بفعله ولنا أن فعل الزاني يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطأوا زانيا والمرأة موطوءة ومن نياها إلا أنها سميت زانية مجازا تسمية إذ قد التزمنا له بأمانته مثل ذلك والتصاص وحد القذف من حقوقهم فلزمنا ما حد الزنا خالص حق الله سبحانه وكذا الغلب في السرفة حقه لم يلزمه وصاحبه تعالى منعنا من استيفائه عند إعطاء أمانته بخلاف المنع من شراء العبد المسلم والمصحف والابن جبار على بيعهما فانه من حقوق العباد لأن في استقدامه قهرا واذلالا للمسلم وكذلك في استخفافه بالمصحف والزنا مستثنى من كل عهودهم ولحد وهو الفرق بين المسلم أو الذي إذا زنى بمسئمة حيث يجب الحد عنده على الضاعل وبين المسئلة أو الذميمة إذا زنى بمسئمة من حيث لا يجب الحد عنده عليهما أن الأصل في الزنا فعل الرجل والمرأة تسع لكونها محلا على ما سنده كره فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في التسبع بخلاف امتناعه في التسبع لا يوجب امتناعه في حق الأصل أي دليله إذا زنى البالغ العاقل بصبي أو مجنونة يحدودونها وفي تمكين البالغة الصبي أو المجنون لا يحد وتمكينها انما يوجب الحد عليها إذا مكنت من فعل موجب له وفعل الحربي ليس موجبا فلا يكون تمكينها موجبا عليها ولا في حنيفة ان فعل المستأمن زنا لا يكون مخاطبا بالحرمان كحرمة الكفر والزنا في حق أحكام الدنيا على ما هو المختار بخلاف قول العراقيين إلا أنه امتنع حده لأن أمانته بالولاية والولاية مندقة عنه بإعطاء الأمان إلا فيما التزمه من حقوق العباد فقد مكنت من فعل هو زنا لا قصور فيه وهو الموجب للحد عليها وصار كما لو مكنت مسلمانا فربما يحد في حق المانع خصه وتبعينها في الفعل لا في حكمه بخلاف تمكينها صبي أو مجنونا لأنهما لم يخطبا لم يكن فعلهما زنا فلم يمكن من الزنا وتطير لوزني مكره بمطوعة فحد المطوعة عند أبي حنيفة وبه قالت الاثنية الثلاثة وعند محمد لا يحد (قوله وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طأعته فلا حد عليه ولا عليها) وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو أي قول زفر والشافعي (رواية عن أبي يوسف) وهو قول مالك وأحمد (وان زنى صحيح) أي عاقل بالغ (بمجنونة أو صغيرة بجامع مثلها أحد الرجل خاصة) وهذا بالاجماع لهما أن العدو من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبها فكذا العدو من جانبها (وهذا لأن كلامهما مؤاخذ بفعله) وقد فعلت ما هي به زانية لأن حقيقة زناها أنقضت شهوتها بالآلة وقد وجد لا يرى أنه سبحانه وتعالى سماها زانية وهو ليس بالإبلك ويدل على أنها زانية حقيقة كونها يحد فاذن فاقول لم يتصور زناها لم يحد فاذن فالحجوب (ولنا أن فعل الزنا انما يتحقق منه) لأن أهل اللغة أخذوا جنس تعريفه وطء الرجل فكانت خارجة (وانما هي محل) ولهذا يسمى هو واطأوا زانيا وهي موطوءة ومن نياها إلا أنها سميت زانية مجازا تسمية

(قوله والثاني أن الصبي إلخ) أقول لعل الاعتراض الثاني نفع باستلزامه خلاف ما تقرره عندهم من أن الوطء للمفعول لا يخلو عن أحد الموجبين أو معارضته وعليك بالتأمل في التوجيه (قوله لأن الوطء لا يخلو إلخ) أقول أي في دار الإسلام (قوله لا يلزم من احصان الزاني) أقول لا يظهر أن يقول لا يلزم من عدم احصان الزاني عدم احصان المرتبة ويلزم من عدم تحقيق الزمان الواطئ عدم تحققه من الموطوءة لأنها تابعة له فيه كالحق ولا تبعية في الاحصان كما لا يخفى (قوله وعن الثاني بأن الوطء أوجبنا المهر إلخ) أقول خلاصة الجواب تخصيص قولهم الوطء لا يخلو عن أحد الموجبين ومنع عمومهما كما لا يخفى

للفعل باسم الفاعل كراضية في معنى المرضية أو لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيل الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤتم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا ينافى به الحد قال (ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه) وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاً يحد وهو قول زفر لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بعد انتشار الالة

للفعل باسم الفاعل كعبثة راضية وما عدا ذلك أي مرضية ومدفوع (أو لكونها مسببة) الزنا الزاني (بالتمكن فتعلق الحد حينئذ في حقها بالتمكين) من فعل هو زناها أو الزنا فعل من هو منهي عنه آثم به (وفعل الصبي ليس كذلك فلا ينافى به الحد) وعلى هذا الوقتنا انما بالتمكين زانية حقيقة لغة لا يضرنا لانها انما تسمى زانية حقيقة بالتمكين مما هو زنا وهو منتف من الصبي والمجنون فان قيل كيف يتصور أن يطلق عليها زانية حقيقة مع أنه لا شك أنه يطلق عليها مني بها حقيقة فيلزم كون اطلاق اسم الفاعل والمفعول بالنسبة الى فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل فالجواب بأنه انما يبطل لو كان من جهة واحدة وهو منتف فان تسميتها زانية باعتبار تمكينها طائفة لقضاء شهوتها من فعل هو زنا ومرضية باعتبار كونها محلا للفعل الذي هو زنا فلومع وقيل بل ترتب الحد انما هو على تمكينها من الوطء المقتضى الى اشتباه النسب ونضيج الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا أو لا فالجواب أن تسميتها زانية حقيقة أو مجازا كونه بالتمكين من الزنا أنسب من كونه بما يميز زنا ولو لم يلزم جاز كونه لكل منهم ما قدر تمكينها الصبي والمجنون بين كونه موجبا للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجبا لوجوب الدرة في مثله بذلك لكن بقي أن يقال ~~كون الزنا في اللغة هو الفعل المحرم عن~~ هو مخاطب ممنوع بل ادخال الرجل قدر حشفته قبل مشتهة حالا أو ماضيا بلا ملك وشبهة وكونه بالغاء فلا لا اعتباره موجبا للحد شرعا فقد مكنت من فعل هو زنا لغة وان لم يجب على فاعله حد والجواب أن هذا يوجب التفصيل بين تمكينها صبيًا فلا تحدد ويجنوننا فقد لان قولهم وطء الرجل يخص الباغ لكن لا قائل بالفصل والذي يغلب على الظن من قوة كلام أهل اللغة أنهم لا يسمون فعل المجنون زنا ولو احتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرة لا في الإيجاب فلا تحدد به والله أعلم وعماد كراهه يدفع ما قيل لو كان تمكين المرأة صبيًا أو مجنونًا يمنع الحد عنها لا تستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية حين أقرت بالزنا هل زنى بك مجنون أو صبي كما أنه استفسر ما عزا فقال أباك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد لانها لما قالت زنى فقد اعترفت بتمكين غير صبي ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك بخلاف ما عرفت أنه استتراب أمره على ما تقدم ولذا لم يسأل الغامدية أبك جنون مع انها مثل ما عرفت في سقوط الحد بجنونها وأورد أنه ينبغي أن يجب العقر على الصبي والمجنون لأن الوطء في غير الملك لا يخلو عن أحدهما أما العقر وهو مهر المثل أو الحد كما لو زنى الصبي بصبيبة أو مكروهة يجب عليه المهر وهذا لا يجب أجيب بالفرق وهو أن الإيجاب عليه هنا لفائدة فيه لا نالوا وجبنا عليه لرجوع ولي الصبي على المرأة لانها لما طأعته صارت أمره بالزنا معها وقد خلق الصبي غرم بذلك الأمر وضع الأمر منها ولا يتها على نفسها فلا يفيد الإيجاب بخلاف ما لو كانت مكروهة أو صبيبة لا يرجع ولي الصبي على المرأة لعدم صحة أمرها لعدم ولايتها وفي المكروهة عدم الأمر أصلا فكان الإيجاب مفيدا وأما إراد أن القاعدة ان كلما اتقى الحد عن الرجل اتقى عن المرأة وهي منقوضة بزنا المكروه بالمطوعة والمستأن بالذميمة والمسئلة فوروده بناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع بسل الحكم في كل موضع يقتضي الدليل فلا حاجة الى الإيراد ثم تكلف الدفع (قوله) ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان أبو حنيفة أولاً يقول يحد وهو قول زفر (لان الزنا من الرجل لا يتصور إلا بعد انتشار الالة

فلا يفيد الإيجاب بخلاف ما إذا كانت مكروهة أو صبيبة فان المكروهة ليست بأمره والصبيبة لا يصح أمرها لعدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة المكروهة فالجواب المهر كان مفيدا معه اذ ليس لولي الصبي حينئذ أن يرجع عليها بمثل ذلك وقوله (ومن أكرهه السلطان الخ) ظاهر

(قوله فلا يفيد الإيجاب) أقول أي إيجاب المهر (قوله اذ ليس لولي الصبي الخ) أقول وكذا الحال في المجنون والشرع كلهم قصرنا حيث لم يتعرضوا لحال المجنون بينت شفة مع انه مذكور في السؤال أيضا

وذلك دليل الطوعية ثم رجع عنه فقال لا حد عليه لان سببه المجهي قائم ظاهرا والانتشار دليل متردد لانه قد يكون غير قصد لان الانتشار قد يكون طبعيا لا طوعا كما في النائم فأورث شبهة وان أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يحد لان أكرهه عند ما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق من غيره وله أن الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا التمكن من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا يحكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترا (ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة انه زني بفلانة وقالت هي تزوجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك) لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع

وهذا آية الطوعية) فافترا بالاكراه ما ينفيه قبل تحقق الفعل المكره عليه بحيث كان حال فعله اياه غير مكره فبطل أثر الاكراه السابق ووجب الحد بخلاف اكرام المرأة على الزنا فانه بالتمكين وليس مع التمكين دليل الطوعية فلا يحد لاجتماعا (ثم رجع أبو حنيفة فقال لا يحد الرجل المكره أيضا لان السبب المجهي الى الفعل قائم ظاهرا) وهو قيام السيف ونحوه والانتشار لا يستلزم الطوعية بل هو محتمل له اذ يكون معه ويكون طبعيا القوة الفعولية وقد يكون لريح تسفل الى الجرح حتى يوجد من النائم ولا قصد منه فلا يترك أثر اليقين وهو الاكراه الى المحتمل (فان أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة) لعدم تحقق الاكراه من غيره فكان مختارا في الزنا وكذا عند زفر وأجدلانه وان تحقق الاكراه من غير السلطان عندهما لكن قال الانتشار دليل الطوعية فقال لا يحد (وقال أبو يوسف ومحمد لا يحد لتحقق الاكراه من غير السلطان) والانتشار لا يستلزم الطوعية الى آخر ما ذكرناه آنفا قال المشايخ وهذا اختلاف عصر وزمان ففي زمن أبي حنيفة ليس لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعه بالسلطان وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيفتي بقولهما وعليه منى صاحب الهداية في الاكراه حيث قال والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على ايقاع ما توعد به (قوله ومن أقر أربع مرات الخ) هذا على وجهين أحدهما ان يقر الرجل في أربعة مجالس أنه زني بفلانة حتى كان اقراره موجبا للحد وقالت هي بل تزوجني أو أقرت هي كذلك بالزنا مع فلان وقال الرجل بل تزوجتها لم يحد واحد منهما في الصورتين لان دعوى النكاح يحتمل الصدق ويتقدير صدق مدعى النكاح منهما يكون النكاح ثابتا فلا حد ويتقدير كذبه لانكاح فيجب الحد فلا يحد وعليه المهر في صورتين دعوى النكاح ودعواه الزنا وان كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بأن لامهر لها الدعواها الزنا لانه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنهما مع ثبوت الوطء باعترافهما به وان اختلفا في جهته كانت مكذبة شرعا والوطء لا يخلو عن عقراء وعرفلزم لها المهر وان ردتته الا أن تبرئه منه واعلم ان وجوب المهر هو فيما اذا كانت الدعوى قبل ان يحد المقر فان حذم ادعى الآخر النكاح لامهر لان الحد لا ينقض بعد الاقامة فانهما ان يقرأ بربا كذلك انه زني بفلانة وقالت فلانة ما زني بي ولا أعرفه أو أقرت هي بالزنا أربع مرات مع فلان وقال فلان ما زنت بها ولا أعرفها لا يحد المقر بالزنا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد يحد المقر لان الاقرار حجة في حق المقر وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة العدم في حق المقر كالمو كانت غائبة وسماها ولا يحد حنيفة أن الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب لانني عنه فأورث شبهة الانتفاء في حق المقر لان الزنا فعل واحد يتم بهما فان تمكنت فيه شبهة تعدت الى طرفيه وهذا لانه ما أقر بالزنا مطلقا انما أقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما أقر به فيندري عنه ضرورة بخلاف ما لو أطلق فقال زنت فانه وان احتمل كذبه لكن لا موجب شرعي بدفعه وبخلاف ما لو كانت غائبة

وقوله (وعليه المهر في ذلك) يعني في كلتا الصورتين دعوى الرجل النكاح ودعواه المرأة فان قيل ينبغي ان لا يجب المهر فيما اذا أقرت المرأة بالزنا لانها تنفى وجوب المهر فكيف وجب لها المهر وهي منكرة للنكاح أجيب بان النكاح يقوم بالطرفين والزواج بدعى النكاح فبعد دعواه النكاح انتفى الحد عنه في هذا الوطء لانه في دعواه اما ان يكون مصدقا أو مكذبا فان كان الاول أثبت النكاح حقيقة وان كان الثاني فاحتمال الصدق قائم لاحالة والاحتمال في باب الحدود ملحق باليقين احتيالا للدرء فسقط الحد وسقوطه يستلزم وجوب المهر لان الوطء لا يخلو عن غرامة أو عقوبة فاذا تحقق الملزوم بدون اختيارها تحقق الا لازم كذلك فيثبت لها المهر وان ردتته

قال المصنف لان الانتشار قد يكون طبعيا لا طوعا كما في النائم فأورث شبهة) أقول أي للحاكم وهذه غير داخلية في الشبهة المنقسمة الى القسمين اذا المراد منها كان شبهة الوطء (قوله فاذا تحقق الملزوم) أقول يعني سقوط الحد

وقوله (ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحسد وعليه القيمة) انما وضع المسئلة في الجارية وان كان هذا الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرية والجارية فانه لو فعل ذلك مع الحرية وجب عليه الحد والدية على العاقلة لما ان شبهة عدم وجوب الحد عند أداء الضمان انما ترد في حق الجارية لا في حق الحرية لان الامة تصلح أن تكون ملكا للزاني عند أداء الضمان بشبهة ان لا يجتمع مع البدلان في ملك شخص واحد كما اذا زنى بها فاذهب عنها وهو وجه قول أبي يوسف في هذه المسئلة (١٥٩)

(قال المصنف فيوفر على كل واحد منهم ما حكمه) أقول ذكر واحد او ضمير حكمه على تأويل الجنابة بالتعدي أولان الجنابتين هنا الزنا والقذف لقال العلامة الزبلي لا يقال انهما مانت بفعل الزنا صار الزنا قسلا فوجب أن لا يعتبر الا القتل ويسقط اعتبار الزنا كقطع البدن اذا سرى ومات صار قسلا ويسقط اعتبار القطع حتى لا يجب الاضمان النفس من الذية أو القصاص لاننا نقول ضمان البدل البدن وضمن النفس بدل النفس والبدن تابعة للنفس كسائر الاعضاء فان الاعضاء تم ملكهم ملك النفس تبعوا ويدخل ضمانها في ضمان النفس بخلاف الحد وضمن النفس لانهم ما حقان مختلفان وجبا بسببين مختلفين الزنا والقتل فصار كمن شرب خمر زنى فانه يحسد ويضمن قيمة الخمر للذمي لما قلنا انتهى وأجاب في النهاية أيضا بان الوطء غير موضوع لازهاق الروح فلما وجد في المحل

(ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحسد وعليه القيمة) معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنابتين فيوفر على كل واحد منهم ما حكمه وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يحسد لان تقرر ضمان القيمة بسبب الملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها

لان الزنا لا ينتف في حقها بدليل بوجوب النفي وهو الانكار حتى لو حضرت وأقرت أربعاً حدثت فظهر أن الغيبة ليست معتبرة بل الاعتبار للانكار وعدم معرفته فاذا أنكرت ثبتت شبهة يدربها الحد عنه واذا لم يعلم انكارها فلا شبهة فيحد فان قيل ينبغي أن لا يجب الحد على الرجل في هذه الصورة عندهما كما في صورة دعوى النكاح لان الحد لما سقط بانكار وصف الفعل وهو الزنا كما في المسئلة السابقة بدعوى النكاح فانكار أصل الفعل أولى قلنا خصائص تلك المسئلة بوجوب الحد على الرجل لحديث سهل بن سعد فانه روى أن رجلا أقرب الزنا أربعاً بامرأة فأنكرت فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه أبو داود وفي شرح الطحاوي ولولم تدع المرأة النكاح وأنكرت وادعت على الرجل القذف يحسد القذف ولا يحسد حد الزنا (قوله ومن زنى بجارية فقتلها) أي بفعل الزنا (فانه يحسد وعليه قيمتها) وانما قيد بالجارية لتكون صورة الخلاف فانه لو زنى بحرة فقتلها لم يحسد اتفاقا ويجب عليه الدية وقوله (وعن أبي يوسف انه لا يحسد) ذكره بلفظ عن ليفيد انه ليس ظاهر المذهب عنه فان محمد الميز كره في خلافه في الجامع الصغير وعادته اذا كان خلافه ثابتا ذكره وكذا الحاكم الشهيد لم يذكروا في الكافي خلافا وانما نقل الفقيه أبو الليث خلافا فقال ذكر أبو يوسف في الامالي ان هذا قول أبي حنيفة خاصة وفي قول أبي يوسف لاحد عليه وحيث نقل قوله خاصة ذكره في المنظومة في باب قول أبي يوسف على خلاف قول أبي حنيفة ولا قول محمد فيها وقيل الاشبه كون قول محمد مثل قول أبي حنيفة وبه قال الشافعي وأما قوله لا قال لا قول له بان توقف لذكره وانما قال أبو يوسف هذا قول أبي حنيفة خاصة لان محمد اذا كان في عداد تلامذته فلم يعتبر بما قاله قولاً لا ينقله هو وعلى كون الخلاف هكذا مشى المصنف حيث قال ولهم انه ضمان قتل وجه قول أبي يوسف انه لا يحسد لان تقرر ضمان القيمة على الزاني بسبب أن قتله بسبب الملك الامة واذا ملكها قبل إقامة الحد سقط الحد كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط بخلاف الحرية لانها لا تملك بالضمان وعلى هذا قال فيما لو زنى بها ثم قتلها أو ملكها بالحد اداء بان زنى بجارية جنت عليه فدفعت اليه بالجنابة أو بالشراء أو بالنكاح انه لا يحسد في ذلك كله وعند أبي حنيفة يحسد في الكل وقال أبو يوسف بالدفع ثبت الملك مستندا وكذا اذا ملكها بالشراء أو بالنكاح لان ادعاء تراض بسبب الملك قبل إقامة الحد يسقط الحد على ما ذكرنا ولا يبي حنيفة انه زنى وجنى فيؤاخذ بموجب كل من الفعلين ولا منافاة فيجمع بين الحد والضمان وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لان هذا ضمان دم حتى وجب في ثلاث سنين على العاقلة ولا تجب بالغة ما بلغت وهو لا يوجب ملكا لان محل الملك المال والدم ليس بمال ثم تنزل فقال ما خاص له انه لو فرض ان الضمان يوجب الملك لكان بوجبه في العين القائمة لانه يثبت بطريق الاستناد والاستناد انما يظهري في القائم دون الفاتت ومنافع البضع التي استوفيت فائتة وليس محلها وهو العين قائما يثبت شبهة قيام المنافع فتثبت شبهة ملكها فلم يظهر

الحال عن أحد المملكين كان زنا عند وجوده ولا ينفك قلبه قتلا اذا اتصل به الموت بخلاف القطع لانه سبب للموت لكونه جرحا والجرح سبب للموت فاذا اتصل به الموت صار قسلا من الابتداء لكونه عللة العلة كما في الرمي كان قتلا من وقت الرمي اذا اتصل به زهوق الروح وان تخللات الوسائط لكونه موضوعا للقتل ففعل الزنا هنا لما لم يكن موضوعا للقتل لم يصرف قتلا من الابتداء لعدم صلاحية الاضافة اليه وان عار سببها باعتبار اتفاق الحال ولذلك لم يمنع وجوب الحد باعتبار وجوب القيمة انتهى والتعويل عندى على جواب الزبلي

وقوله (وهو على هذا الاختلاف) أي شراء الجارية بعد الزنا ما قبل إقامة الحد على هذا الاختلاف عند أبي حنيفة ومحمد بخلاف أبي يوسف فكان رد المختلف إلى المختلف لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية بخلاف ما نحن فيه (ولهما أن هذا الضمان ضمان قتل وضمان القتل لا يوجب الملك لأنه ضمان دم) والدم مما لا يملك ويمكن أن يقرر هكذا لأنه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت والموت ليس بعمل للملك وقوله (ولو كان يوجب) يعني سلمنا أن ضمان القتل يوجب الملك لكن انما يوجب في العين كما ذكرتم في هيئة المسروق لا في منافع البضع لأنها استوفيت (١٦٠) وتلاشت فلم تكن قابلة للملك حالة الضمان ولا مستندة لأن المستند لا يظهر

في حق المعدوم والمنافع المستوفاة معدومة قبل فليكن الملك ثابتا بطريق التبين لثلا يشترط الوجود كما في الحيض درأ في باب الحدود وأجيب بأن التبين انما يكون في حكم مغبية غاية ينتظر الوصول إليها فان وصل حكم بثبوتها والا فلا كما في الحيض وليس ما نحن فيه كذلك وقوله (وهذا بخلاف ما إذا زني بها) جواب لصورة يمكن أن يشهد بها أبو يوسف كما قدمناه وتقريره أن الزاني بالضمان ملك الجنة العمياء لكونها قابلة للملك اذ هي موجودة فنورث الشبهة وهذا الجواب انما يستقيم على أصل الجواب دون التزل ولقائل أن يقول الملك ثبت في الجنة العمياء مستندا فلا يظهر في المستوفي أعني المنافع لكونها معدومة وأما إذا نظرت إلى أصل الجواب وهو قوله أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك لأنه ضمان

وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه كما إذا ملك المسروق قبل القطع وله ما أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك لأنه ضمان دم ولو كان يوجب فأنما يوجب في العين كما في هيئة المسروق لا في منافع البضع لأنها استوفيت والملك ثبت مستندا فلا يظهر في المستوفي لكونها معدومة وهذا بخلاف ما إذا زني بها فأذهب عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لأن الملك هناك ثبت في الجنة العمياء وهي عين فاوثر شبهة قال (وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فإنه يؤخذ به وبالأموال) لأن الحدود حق الله تعالى وأقامتها إليه لا إلى غيره ولا يمكنه أن يقيم على نفسه لأنه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لأنه يستوفيه ولي الحق لما يمكنه أو بالاستعانة بمنعته المسلمين والقصاص والأموال منها وأما حد القذف قالوا المذهب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى والله تعالى أعلم بالصواب

الملك فيها ولا شبهة فلم يكن كالمسروق ولم يفد الملك المسبب عن الضمان ملك تلك المنافع ليسقط الحد بخلاف السرقة فان شرط إقامة حد السرقة الخصومة وبالهبة انقطعت بخلاف حد الزنا فيبطل القياس وما ل هذا التقرير إلى أن الثابت بهذا الضمان شبهة ملك تلك المنافع لأن الثابت شبهة ملك العين لا حقيقة وبمحقيقة تثبت شبهة ملك المنافع فإذا كان الثابت شبهة ملك العين فهو شبهة شبهة ملك المنافع وشبهة الشبهة غير معتبرة وحاصل التقرير أن أبا يوسف أثبت شبهة ملك المنافع المستوفاة ونحن نفينا ما ليس أحد ثبت بالضمان حقيقة ملك المنافع وعلى الوجه الذي قررناه بقليل تأمل يظهر ما في تقرير المصنف للتزل من التساهل وبالوجه الذي قررناه يتضح حسن اتصال قوله (بخلاف ما إذا زني بها فأذهب عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لأن الملك ثمة ثبت في الجنة العمياء وهي عين فاوثر شبهة) أي في ملك المنافع تبعاً فيندري عنها الحد اما ههنا فالعين فائتة بالقتل فلا تملك بعد الموت ولا يقال هذا التملك بطريق الاستناد فلا يضره انتفاء المملوك لأننا نقول المستند ثبت أولاً يستند فاستدعي ثبوت المحل حال الأولية وهو منتف وعمره أن الثابت في المنافع شبهة الشبهة على ما ذكرنا فان قيل ينبغي أن لا يجب الحد ولو تم ملك المقتول لأن بعض القيمة لا بد أن يصير بازاء منافع البضع التي يجب الحد لأجلها فيجب أن لا يحد ولا واجب ضمانان بازاء مضمون واحد أجيب بأنه لما لم يوضع الفعل للقتل كان أوله كراحة انه لم يمت ثم حدث القتل فكان الضمان كله بازائه وفي الفوائد الظهيرية لو غصبها ثم زني بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعاً خلافاً للشافعي أما لو زني بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد وفي جامع قاضيان لو زني بجمرة ثم تكبها لا يسقط الحد بالاتفاق (قوله) وكل شيء فعله الامام الذي ليس فوقه امام) مما يجب به الحد كالزنا والشرب والقذف والسرقة (لا يؤاخذ به الا القصاص والمال) فإنه اذا قتل انساناً أو أ تلف مال انسان يؤاخذ به لأن الحد حق الله تعالى وهو

دم وهو ليس بعين تملك فإنه صحيح ويجوز أن يقال بالنظر إلى التزل أيضاً بان الملك وان كان ثابتاً فيه أيضاً لكن المكلف فيه شبهة العدم فتكون في المنافع شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ولا كذلك في الجنة العمياء مثبتت الملك فيها حقيقة فيكون في المنافع الشبهة وهي معتبرة لكن ليس في كلام المصنف ما يشير إلى هذا أصلاً (وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام) وفسره أبو الليث بالخليفة (فلا حد عليه الا القصاص فإنه يؤخذ به وبالأموال) لأن الحدود حق الله تعالى وأقامتها إليه لا إلى غيره) قال صلى الله عليه وسلم

(قوله لثلا يشترط الوجود) أقول حين التبين (قوله كما في الحيض الخ) أقول قد سبق في باب البين في العتق والطلاق (قال المصنف) فاوثر شبهة) أقول أي شبهة كون منافع البضع في ملكه وأما في محل النزاع في الملك أيضاً شبهة فالثابت في المنافع شبهة الشبهة ولا اعتبار به

أربع إلى الولاية وعلمهم إقامة الحدود وكلامه واضح وأما حد القذف فالغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى ولقائل أن يقول لو كان الغلب فيه حق الشرع لوجب أن لا يحد المستأمن إذا قذف كما لو زنى وقد تقدم أنه يحد لأنه حق العبد والجواب أن حد القذف يشتمل على الحقيق لا محالة فيعمل بكل منهما بحسب ما يليق به وما يليق بالحربي أن يكون حق العبد لا مكان الاستيفاء وما يليق بالامام أن يكون حق الله تعالى لأنه ليس فوقه امام يستوفيه منه والله أعلم

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قد ذكرنا أن ثبوت الزنا عند الامام انما يكون بأحد شيئين لا غير وهما (١٦١) الشهادة والاقرار وآخر الشهادة

ههنا عن الاقرار لقلة

ثبوت الزنا بالشهادة وندرته

حتى لم ينقل عن السلف

ثبوت الزنا عند الامام

بالشهادة اذ رؤية أربعة

رجال عدول على الوصف

المذكور كالليل في المكحلة

كافي الكلاب في غاية الندرة

قال (واذا شهد الشهود

بحد متقدم ولم يكونوا

بعينين عن الامام لم تقبل

شهادتهم الا في حد القذف

خاصة) وأعاد لفظ الجامع

الصغير لاشتماله على

زيادة ابضاح وهي تعدد

ما يوجب الحد صريحاً من

السرقه وشرب الخمر والزنا

وزيادة الحين الذي استفاد

منه بعض المشايخ قدر ستة

أشهر في التقادم وزيادة

اثبات الضمان في السرقه

ثم كما لا يحد المشهود عليه

لا يحد الشهود أبضاح

القذف في الشهادة بالزنا

(قوله وأما حد القذف

فالمغلب فيه الخ) أقول

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

(واذا شهد الشهود بحد متقدم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير

المكلف باقامته وتعذر اقامته على نفسه لان اقامته بطريق الخزي والنكال ولا يفعل أحد ذلك بنفسه ولا ولاية لأحد عليه ليستوفيه وفائدة الايجاب الاستيفاء فاذا تعذر لم يجب بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمنان المتلفات لان حق استيفائهم له الحق فيكون الامام فيه كغيره وان احتاج الى المنعة فالمسلمون منعته في قدرهم على الاستيفاء فكان الوجوب مفيداً والمغلب في حد القذف حق الشرع فكان كيفية الحدود وبهذا يعلم انه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي والقضاء لتمكين الولي من استيفائه لأنه شرط وأورد عليه ما المانع من أن يولى غيره الحكم فيه بما يثبت عنده كافي الاموال غير أنه اذا صححت هذه الاستنباه فوجب عليه حق للعبد استوفاء العبد أو حق لله استوفاء ذلك النائب وقبل لا مخلص الا ان ادعى أن قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة أن المخاطب فيه بالجلد الامام أن يجلد غيره والله أعلم وقد يقال أين دليل ايجاب الاستنباه والله سبحانه أعلم

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قدّم أن الحد يثبت بالبينه والاقرار وقدم كيفية الثبوت بالاقرار لان وجود ما ثبت منه بالبينه بالنسبة الى ما ثبت بالاقرار أند نادر لضيق شروطه المقنضي لاعدامه وهو أن يرى ذكر الرجل في فرجها كالليل في المكحلة وايضاً لم يثبت قط الزنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان وعلى بالبينه فانهم كلهم لم يحدوا الا بالاقرار فقط ما يكثر وجوده وما كان الثبوت به عنده عليه الصلاة والسلام وعند الصحابة رضي الله عنهم (قوله) واذا شهد الشهود بحد متقدم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة) فقوله متقدم استاده في الحقيقة الى ضمير السبب أي متقدم سببه وهو الزنا مثلاً وهو المشهود به وقوله شهدوا بمجرد تساهل فانهم انما يشهدون بسبب الحد والتقدم صفة له في الحقيقة وقوله لم يمنعهم الخ جملة في محل جر لانها صفة للنكرة وهي حدود الفاعل بعدهم ولا شك أنه لا يتعين البعد عذر ابل يجب أن يكون كل من نحو مرض أو خوف طريق ولو من بعد يومين ونحوه من الاعذار التي يظهر أنها مانعة من المسارعة ثم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتماله على زيادات مفيدة وهي قوله

(٢١ - فتح القدير رابع) وسيجي في باب حد القذف

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

(قوله قد ذكرنا أن ثبوت الزنا) أقول في أوائل كتاب الحدود (قوله وآخر الشهادة ههنا) أقول أي فيما يتعلق بالرجوع والافتي أول كتاب الحدود بين الشهادة وأولاً ثم الاقرار والرجوع عنه وايضاً الاقرار فعمل الواحد والشهادة فعل المتعدد والواحد قبل المتعدد وايضاً المباحث المتعلقة بالرجوع عن الشهادة كثيرة بخلاف الاقرار

واذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بربا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة)

(واذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بربا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة) ثم قال فان أقر هو بعد حين بذلك أخذه إلا الشرب فإنه لا يؤخذ بذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ به كما يؤخذ بالسرقه والزنا ولا يخفى ما اشتمل عليه من الزيادات قال المصنف وغيره (والاصل فيه أن الحدود الحاصلة حقاً لله تعالى تبطل بالتقادم خلافاً للشافعي) وفي العبارة تساهل مشهور فان الذي يبطل بالتقادم الشهادة بأسبابها ثم لا يجب الحد على الامام من الاصل لعدم الموجب والحاصل أن في الشهادة بالحدود القديمة والاقرار بها أربعة مذاهب الاول رد الشهادة بها وقبول الاقرار بما سوى الشرب وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الثاني ردها وقبول الاقرار حتى بالشرب القديم كالزنا والسرقه وهو قول محمد بن الحسن الثالث قبولهما وهو قول الشافعي ومالك وأحمد الرابع ردهما نقل عن ابن أبي ليلى ولم يقل أحد بقلب قول محمد واستدل للشافعي والآخرين بالحاقه بالاقرار لانها مجتبان شرعيتان يثبت بكل منهما الحد فكما لا يبطل الاقرار بالتقادم كذا الشهادة ويحقق العباد ولنا وهو الفرق أن الشهادة بعد التقادم شهادة منهم وشهادة المتهم مردودة أما الكبرى فلقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة خصم ولا ظنير أي منهم وذكر محمد عن عمر رضي الله عنه في الاصل أنه قال أعيانهم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فاعلم أنهم شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم وأما الصغرى فلأن الشاهد بسبب الحد مأمور بأحد الأمرين الستر احتساباً لقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة مع ما قدمنا من الحديث في ذلك أو الشهادة به احتساباً لمقصد اخلاء العالم عن الفساد لا لزجار بالحد فأحد الأمرين واجب مخير على الفور كخصال الكفارة لان كلا من الستر واخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخي فاذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه بأحد الأمرين إما الفسق وإما تهمة العداوة لانه ان حل على أنه من الاصل اختار الاداء وعدم الستر ثم آخره لزم الاول أو على أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني وذلك أنه سقط عنه الواجب باختيار أحدهما فانصرافه بعد ذلك الى الشهادة موضع ظن أنه حر كحدوث عداوة بخلاف الاقرار بالزنا والسرقه لا يتحقق فيه أحد الأمرين من الفسق وهو ظاهر ولا التهمة اذا الانسان لا يعادى نفسه فلا يبطل بالتقادم اذ لم يوجب تحقق تهمة وبخلاف حقوق العباد لان الدعوى شرط فيها فتنأخير الشاهد لتأخير الدعوى لا يلزم منه فسق ولا تهمة وفي القذف حق العبد فتوقف على الدعوى كغيره فلم يبطل بالتقادم فان قيل لو كان اشتراط الدعوى مانعاً من الرد بالتقادم لزم في السرقة أن لا ترد الشهادة بها عند التقادم لا اشتراط الدعوى فيها كتهارت أجب أولاً بحاصله أن السرقة فيها أمران الحد والمال فما يرجع الى الحد لا تشترط فيه الدعوى لانه خالص حق الله تعالى وباعتبار المال تشترط والشهادة بالسرقه لا تخلص لاحدهما بل لا تنفك عن الأمرين فاشتترطت الدعوى للزوم المال للزوم الحد ولذا يثبت المال به بعد التقادم لانه لا يبطل به ولا تعلقه لان الحد يبطل به ويدل على تحقق الأمرين فيها أنه اذا شهدوا به على انسان والمدعي غائب وهو صاحب المال يحبس المشهود عليه حتى يحضر المدعي لمافيته من حق الله تعالى وفي القذف لا يحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعي كما في حقوق العباد الخالصة وانما لا يقطع قبل حضوره لاحتمال أن يكون سرق مملوكه الذي كان عنده أو مملوكه اياه فلا بد من تضمن الشهادة بالسرقه الشهادة بملك المسروق منه والشهادة بالملك لانسان يتوقف قبولها على حضور المشهود به بالملك ودعواه فاذا أخر ردناه في حق الحد لا المال بل الزمانه المال بخلاف ما اذا قال زنت بفلانة أو قلبه وهي غائبة لا يدري جوابها بحد ولا يستأنى بالحد لان التثبت هناك شبهة الشبهة ولا تعتبر وفي السرقة لا تثبت أصلاً الا بثبوت المال ولا يثبت المال بالشهادة الا بالدعوى وانما يحبس للتهمة كما تقدم ولان التثبت في غيبة المسروق منه شبهة لان التثبت احتمال أن يقول هو مملوكه وقوله هو مملوكه ليس شبهة بل حقيقة المبرئ بخلاف دعواها

لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذافا وكلامه واضح ومعنى قوله مخبرين حسبتين أجرين مطلوبين له يقال احسبت بكذا اجرا والاسم الحسبة بكسر الحاء وهي الاجر والجمع الحسب وقوله (بخلاف حد السرقة) جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حقوق العباد ومع ذلك لو شهد الشهود بسرقة متقدمة لم تقبل فعلم بهم هذا أن قبول الشهادة في حقوق العباد بعد التقدم لم يكن لا بشرط الدعوى ووجهه لان سلم أن الدعوى شرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على مامر والدعوى ليست بشرط فيه وانما هي شرط للمال وهو حق العبد وقوله (ولان الحكم يدار) (١٦٣) جواب آخر وتقريره أن المعنى

المبطل للشهادة في التقدم في الحدود والخاصة حق الله تعالى هو تهمته الضعيفة والعداوة وذلك أمر باطن لا يطلع عليه فيدار الحكم على كون الحد حق الله تعالى سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد أو لا كما أدير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من أفراد وقوله (ولان السرقة) جواب آخر ووجهه أن السرقة (تقام على الاستسار) لانها توجد في ظلم الليالي غالبا (على غفلة من المالك) فلا يكون المسروق منه عارفا بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد (فيجب على الشاهد اعلامه) فاذا كتمه صار آثما

(قال المصنف والاصل فيه أن الحدود والخاصة الى قوله هو يعتبرها بحقوق العباد والاقرار الخ) أقول أي بشهادتها المضاف مقدر بقرينة هو يعتبرها بالاقرار (قال المصنف وأن كان التأخير للاستسار فاسقا) أقول فيه بحث فان وجوب أداء الشهادة في الحدود قد

والاصل فيه أن الحدود والخاصة حق الله تعالى تبطل بالتقدم خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي هو احدى الجانبين ولنا أن الشاهد مخبرين حسبتين أداء الشهادة والستر فالتأخير ان كان لا اختيارا للستر فالأقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجهته أو لعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التأخير لا للستر بصرفا سقا آثما فتبيننا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقدم فيه مانعا وحد الفذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقدم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيعمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب نفسية لهم بخلاف حد السرقة لان الدعوى ليست بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على مامر وانما شرطت للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حق الله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام على الاستسار على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه فبالكتمان يصير فاسقا آثما

النكاح مثلا لو حضرت لانه نفس الشبهة فاحتماله شبهة الشبهة والله أعلم وأجاب ثانيا بأن بطلان الشهادة بالتقدم لما كان للتهمة في حقوق الله سبحانه فأقيم التقدم في حقوق الله مقامها فلا ينتظر بعد ذلك الى وجود التهمة وعدمها كل رخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة أدير على السفر فلم يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمها فترد بالتقدم ولا يخفى أن رد الشهادة بالتقدم ليس الا للتهمة ومحل التهمة ظاهر يدركه كل أحد فلا يحتاج الى اناطته بمجرد كونه حق الله تعالى ولا يصح تشبيهه بالمشقة مع السفر لان المشقة أمر خفي غير منضبط فلا يمكن الاناطة به فنيط بما هو منضبط فالعدول للحاجة للانضباط ولا حاجة فيما نحن فيه فان قلت فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة في حق الحد فيما لو علم المدعي بالسرقة فلم يدع الا بعد حين فشهد واقفانه لا تهمته بتأخيرهم ومع هذا لا يقطع بل يضمن المال فالجواب أن ما كان فيه تهمته فالرد يضاف اليها وما لم يكن فالى المدعي على ما قال فاضحان انما لا تقبل في السرقة بعد التقدم لا لتهمته في الشهود ولان الدعوى شرط القبول بل للخلل في الدعوى فان صاحب المال كان مخبرا في الابتداء فاذا أخرف قد اختار الستر فلم يبق له حق دعوى السرقة والحد بل بقي له حق دعوى المال فقط فيقضى بالمال دون القطع كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة يقضى بالمال دون القطع اه فيجعل هذا الاعتبار فيما اذا كان تأخير الشهود الشهادة لتأخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة أما لو أخروا التأخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم بعلمه باعلامهم أو بغيره ثم شهدوا فالوجه الاخير وهو قوله (ولان السرقة تقام على الاستسار على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما) يقتضى أن ترد في حق المال أيضا للفسق لكن ما ذكر من أنهم اذا شهدوا بعد التقدم ثبتت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل في حق الحد لكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل بالتقدم باطلا فله يقتضى فيما اذا لم يكن التأخير لعدم تأخير الدعوى بعد علمه فهو مشكل على

انتسخ فكيف يصير بالتأخير فاسقا وفي الكافي وشرح الزبلي أيضا وان كان للاستسار وانما فاسقين بالتأخير لان أداء الشهادة من الواجبات وتأخيرها فسق ولهذا الواجب الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي بلا عذر لا تقبل شهادته اه ولا يخفى عليك ان أداء الشهادة ليس بواجب هنا كما يدل عليه قولهم مخبرين حسبتين وما ذكر في كتاب الشهادة من كون الوجوب في حق الحدود منفسوخا بخلاف حقوق العباد فانه واجب فيه فظهر الفرق فتأمل في جوابه فانه يمكن أن يقال بعد اختيار الاداء يصير واجبا كما في النوافل تجب بالشروع (قوله جواب عما يقال الدعوى شرط الخ) أقول والوجه أن بوجه السؤال بأنه لو صح ما ذكره لم أن تسمع الشهادة بالسرقة المتقدمة

وقوله (ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة) ظاهر وقوله (لان الامضاء) أي الاستيفاء (من القضاء) لان المقصود من القضاء في حقوق العباد ما اعلام من له القضاء أو التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء وهذا المعنى يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه الى الاستيفاء وأما الله تبارك وتعالى في حقوقه فمستغن عن هذين المعنيين فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء فلذلك كان الاستيفاء من تمة القضاء في حقوق الله تعالى (واختلفوا في حد التقادم وأشار في الجامع الصغير الى ستة أشهر فانه قال بعد حين) كما ذكرنا (وهكذا أشار الطحاوي وأبو حنيفة لم (١٦٤) بقدر في ذلك) نقل الناطقي في الاجناس عن نوادر المعلى قال أبو يوسف جهدنا على

أبي حنيفة أن يوقت في ذلك شيئاً فأبى وفوضه الى رأي القاضى في كل عصر (وعن محمد أنه قدره بشهر لان مادونه عاجل وهو رواية عن أبي حنيفة) ذكر في المجرد قال أبو حنيفة لو سأل القاضى متى زنى بها فتالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد وان قالوا شهر أو أكثر درى الحد قال الناطقي فقد قدره على هذه الرواية بشهر وهو قول أبي يوسف ومحمد أصله مسألة اليمين حلف ليقضين دين فلان عاجلاً فقضاه فيمادون الشهر برت في يمينه وقوله (وهو الاصح) يعنى تقدير التقادم بشهر

ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافاً لفرحتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم وأشار في الجامع الصغير الى ستة أشهر فانه قال بعد حين وهكذا أشار الطحاوي وأبو حنيفة لم يقدروا في ذلك وفوضه الى رأي القاضى في كل عصر وعن محمد أنه قدره بشهر لان مادونه عاجل وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو الاصح

الوجه المذكور (قوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافاً لفرحتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد) وقول زفر هو قول الأئمة الثلاثة لان التأخير بعذر هربه وقد زال العذر (ولنا أن الامضاء) أي الاستيفاء (من القضاء) بحقوق الله تعالى بخلاف حقوق غيره وهذا لان الثابت في نفس الامر استنابته تعالى إلينا كم في استيفاء حقه اذا ثبت عنده بلا شبهة فكان الاستيفاء من تمة القضاء وهو هو هنا اذ لم يحجج الى التلفظ بلفظ القضاء حتى جازله الاستيفاء من غير تلفظ به بخلافه في حقوق غيره تعالى فانه فيها الاعلام من له الحق بحقيقته حقه وتمكينه من استيفائه والله سبحانه مستغن عنهما فانما هو في حقوقه تعالى استيفاءها واذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطاً حال الاستيفاء كما هو شرط حال القضاء بحق غيره اجماعاً وبالتقادم لم يبق الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء فانتفى وهذا رد المختلف الى المختلف فان كون قيام الشهادة وقت القضاء شرطاً صحيح لكن الكلام في معنى قيامها فعندهم ما لم يطرأ ما ينقضها من الرجوع هي قائمة حتى لو شهدوا ثم غابوا أو ماتوا جاز الحكم بشهادتهم وعندنا قيامها بقيامهم على الاهلية والحضور ثم قد يقال لو سلم ترجح هذا لكن التقادم انما يبطل في ابتداء الاداء للثمة وقد وجدت الشهادة بلا تقادم ووقعت صحيحة موجبة فانفاق تقادم السبب بالاتوان منهم ما لا يبطل الواقع صحيحاً ولو قلنا ان ردها أنيط بالتقادم فلم يلتفت الى الثمة بعد ذلك يجب كونه أنيط بتقادم عن توان من الشاهدين والافمنوع ونذكر فيما يلي هذه القولة ما فيه زيادة ان شاء الله تعالى (قوله واختلفوا في حد التقادم وأشار محمد في الجامع الصغير الى أنه ستة أشهر حيث قال شهدوا بعد حين) وقد جعلوه عند عدم النية ستة أشهر على ما تقدم في الأيمان اذا حلف لا يكلمه حيناً وأبو حنيفة لم يقدره قال أبو يوسف جهدنا بأبي حنيفة أن يقدره لنا فلم يفعل وفوضه الى رأي القاضى في كل عصر فإبراه بعد مجابته الهوى تقرى بطا تقادم وما لا يعتد تقرى بطا غير تقادم وأحوال الشهود والناس والعرف تختلف في ذلك فانما يوقف عليه بنظر تطرف في كل واقعة فيها تأخير فتنصب المقادير بالرأى متعذر (وعن محمد أنه قدره بشهر لان مادونه عاجل) على ما في مسألة الحلف ليقضين دينه عاجلاً فقضاه فيمادون الشهر لا يحث وبعده يحث (وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو الاصح) وما أخذ هذه الرواية مما في المجرد قال أبو حنيفة لو سأل القاضى

(قوله فلذلك كان الاستيفاء من تمة القضاء في حقوق الله تعالى) أقول وذكر في الفوائد الظهيرية والفقهاء فيه أن المقصود من التلفظ بلفظ القضاء اعلام المشهود له أنه حقيق بالمشهد به أو افساده على استيفاء ما ادعاه وفي الحدود

الشهود

لا سبيل الى كل واحد منهم ما اما الاعلام فلان المشهود له في باب الحدود هو الله

تعالى قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله والله لا يخفى عليه خافية ونائبه القاضى وانه يستفيد العلم بالشهادة ولا تمس الحاجة الى التلفظ بلفظ الشهادة وكذلك الاقدار على الاستيفاء فان القاضى بدون التلفظ به قادر على الاستيفاء كذا في نسخ النهاية وأما في معراج الدراية ولا تمس الحاجة الى التلفظ بلفظ القضاء اه وهو المناسب للسباق والسياق كما لا يخفى ثم قال السكاكي ولهذا يجوز له الاستيفاء بدون التلفظ بلفظ القضاء فاذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطاً حال الاستيفاء كما كان شرطاً حال القضاء اجماعاً ولم يبق بالتقادم الشهادة

وقوله (وهذا) أي الذي قلنا من تقدير التقادم بشهر (إذا لم يكن بين القاضي (١٦٥) وبينهم مسيرة شهر أما إذا كان فانها

تقبل لان المانع بعدهم
عن الامام فلم تحقق التهمة
قال (واذا شهدوا على رجل
أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة
فانه يحد) وكذا اذا أقر بذلك
(وان شهدوا أنه سرق من
فلان وهو غائب لم يقطع
والفرق أن بالغيبة تنعدم
الدعوى) لانها الانصح على
الغائب (وهي شرط في
السرقه دون الزنا وبالحدود
يتوهم دعوى الشبهة ولا
معتبر بالموهوم) لانه شبهة
الشبهة فالمعتبر هو الشبهة
دون النازل عنها لئلا ينسد
باب اقامة الحدود وبيان
ذلك أنهم لو كانت حاضرة
وآذنت النكاح سقط الحد
لمكان شبهة الصدق
مع احتمال الكذب فانما
كانت غائبة كان الثابت
عند غيبته احتمال وجود
الشبهة وهو المعنى بشبهة
الشبهة وهذا بخلاف ما اذا
كان أحد أولياء القصاص
غائبا فانه لا يستوفي حتى
يحضر الغائب لاحتمال أن
يحضر الغائب فيقر بالعمو
لانه لو حضر وأقر به سقط
القصاص بحقيقة العمو
لأن شبهته فانما كان غائبا
ثبت شبهة العمو لا شبهة
شبهته (وان شهدوا أنه زنى
بامرأة لا يعرفونها لم يحد
لاحتمال انها امرأته أو أمته
بل هو الظاهر) لان الظاهر

وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر أما إذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا
تحقق التهمة والتقدم في حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يحد بزوال الراححة على ما يأتي في بابها ان
شاء الله تعالى (واذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا أنه سرق من فلان
وهو غائب لم يقطع) والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقه دون الزنا وبالحدود يتوهم
دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم (وان شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد) لاحتمال انها امرأته
أو أمته بل هو الظاهر

الشهود متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقیم الحد وان قالوا شهر أو أكثر ردئ عنه قال أبو العباس
الناطقي فقدره على هذه الرواية بشهر وهو قول أبي يوسف ومحمد (وهذا) أعنى كون الشهر فصاعدا
يمنع قبولها (إذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر أما إذا كان تقبل شهادتهم) بعد الشهر (لان المانع
بعدهم عن الامام فلا تحقق التهمة) فقد نظر في هذا التقدم الى تحقق التهمة فيه وعدمه وهو يخالف
ما ذكره من قريب أنه بعد ما أثبت بالتقدم لا يراعى وجود التهمة في كل فرد الا أن يقال اذا كان المانع
البعد أو المرض ونحوه من الموانع الحسية والمعنوية حتى تقدم لم يكن ذلك التقدم المناط به بل هو ما لم يكن
معه هذه الموانع من الشهادة ويجاب بأن هذا يرجوع في المعنى الى اعتبار التقدم المناط به ما يلزمه أحد
الامرئين من الفسق والتهمة ثم هذا التقدم المقدر بشهر بالانصاف في غير شرب الخمر أم فيه فكذلك
عند محمد (وعندهما يحد بزوال الراححة) فلو شهدوا عليه بالشرب بعد ما لم تقبل عندهما وستأني هذه
المسئلة ان شاء الله تعالى (قوله) واذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وهي غائبة فانه يحد) أجمع الائمة
الاربعة عليه وكذا لو أقر بالزنا بغائبة يحد الرجل باجماعهم لحديث ما عرفناه أقر بغائبة على ما تقدم
ذكره ووجه عليه الصلاة والسلام ونقل أبو الليث عن أبي حنيفة أنه كان يقول أولا لا يحد حتى يحضر
المرأة لاحتمال أن تحضر فتدعى ما يسقط الحد من نكاح مثلا ونحوه ثم يرجع الى قول الكل وسيظهر
وجه بطلان القول الاول (وان شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق أن بالغيبة تنعدم
الدعوى والدعوى شرط في السرقه) للعمل بالبينه لان الشهادة بالسرقه تتضمن الشهادة بملك المسروق
للسروق منه والشهادة للمرء على المرء لا تقبل بلا دعوى وليست شرط الثبوت الزنا عند القاضي
وطول بالفرق بين القصاص اذا كان بين شريكين وأحدهما غائب ليس للحاضر استيفاءه لجواز أن
يحضر فيقر بالعمو وبين الشهادة بزنا الغائبة فان الثابت في كل منهما ما شبهة الشبهة أجيب بالمنع بل
الثابت في صورة القصاص نفس الشبهة وهي احتمال العفو فان العفو ليس شبهة بل حقيقة المسقط
فاحتماله هو الشبهة وانما تكون شبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتمال شبهة الشبهة
بخلاف الغائبة فان نفس دعواها النكاح مثلا شبهة فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة واعتبارها باطل
والا أدى الى نفي كل حد فان ثبوت البينة أو الاقرار والذي يثبت به يحتمل أن يرجع عنه وكذا الشهود
يحتمل أن يرجعوا فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى كل حد وجه أنه شبهة الشبهة أن نفس رجوع المقر
والشاهد شبهة لانه يحتمل كذبه في الرجوع فاحتمال الرجوع شبهة الشبهة (قوله) وان شهدوا أنه زنى
بامرأة لا يعرفونها لم يحد لان الظاهر أنها امرأته أو أمته) فلو قال المشهود عليه المرأة التي رأى تموها
معي ليست زوجتي ولا أمتي لم يحد أيضا لان الشهادة وقعت غير موجبة للحد وهذا اللفظ منه ليس
اقرارا موجبا للحد فلا يحد وأما ما قيل ولو كان اقرارا فبيرة لا يقام الحد يقتضى أنه لو قال أربعا حد
وليس كذلك (وان أقر أنه زنى بامرأة لا يعرفها حد لانه لا تشبهه عليه امرأته) فان قيل قد تشبهه عليه بأن
لم ترف اليه قلنا الانسان كما لا يقرر على نفسه كاذبا لا يقرر على نفسه حال الاشتباه فلما أقر بالزنا كان فرع علمه

من حال المسئلة أن لا يرف والشهود لا يفصلون بين زوجته وأمته وبين غيرهما الا بالمعرفة فاذا لم يعرفوها لا يمكن اقامة الحد بشهادتهم

(قال المصنف وهي شرط في السرقه) أقول للقطع لا الشهادة حتى ينافي ما مر أنفا

(وان أقرب ذلك) أي بالزنا بامرأة (١٦٦) لا يعرفها (حدا لانه لا يخفى عليه امراته أو أمته وان شهدا ثلثان أنه زنى بفلانة فاستكرها

وآخران أنها طاو عته درى الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة وهو قول زفر وقال لا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما (أي لاتفاق الفريقين) على (الموجب) للحد (وتفرد أحدهما بزيادة جنابة وهو الاكراه بخلاف جانبها) فان الموجب لم يتحقق (لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها فلم يثبت لاتفاقهما) فيها وعدم الوجوب في حقها المعنى غير مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في حقه كافي وطء الصغيرة المشتهة أو المجنونة (ولا يحنيفة أن المشهود به قد اختلف لان الزنا فعل واحد يقوم بهما) وكل ما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين وهؤلاء أثبتوا له وصفين متضادين لان الطوع بوجوب اشتراكهما في الزنا والمكره بوجوب انفراد الرجل به واجتماعهما متعذر فكان كل واحد منهما مفعلا بخلاف الآخر فاختلف المشهود به ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة وقوله (ولان شاهدة الطوعية) دليل آخر وتقريره لان شاهدة الطوعية (صارا قاذفين) لعدم نصاب الشهادة

(وان أقرب ذلك حد) لانه لا يخفى عليه امراته أو أمته وان شهدا ثلثان أنه زنى بفلانة فاستكرها وآخران أنها طاو عته درى الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة) وهو قول زفر (وقالا يحد الرجل خاصة) لاتفاقهما على الموجب وتفرد أحدهما بزيادة جنابة وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاتفاقهما وله أنه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدة الطوعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدة الاكراه لان زناهما مكره يسقط إحصانهما فصارا خصمين في ذلك

أنها لا تشبه عليه بزوجه التي لم تزف وصار معنى قوله لم أعرفها أي باسمها ونسبها ولو كن علمت أنها أجنبية فكان هذا كالتصوص عليه بخلاف الشاهد فانه يجوز أن يشهد على من يشبه عليه فكان قوله لا يعرفها ليس موجبا للحد (قوله وان شهدا ثلثان) حاصلها أنه شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة الا أن رجلين قالوا استكرها وآخرين قالوا طاو عته فعند أبي حنيفة يندرى الحد عنهما وهو قول زفر والائمة الثلاثة (وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهم) أي الشهود الأربعة على الموجب للحد عليه كذا في بعض النسخ وهو الاحسن وفي غالبها لاتفاقهما أي الفريقين وعليه قوله (وتفرد أحدهما بزيادة جنابة) أي تفرد أحد الفريقين بزيادة جنابة منه (هي الاكراه) وهو لا يوجب التخفيف عنه (بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت) اذ قد اختلفوا فيه وتعارضوا فعدم الوجوب عليها المعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كالوزني بصغيرة مشتهة أو مجنونة ولا يحنيفة أنه قد اختلف المشهود عليه فقرر في النهاية على ظاهره فقال اختلف المشهود عليه فان المشهود عليه اثنان على تقدير وهو ما اذا كانت طائفة لان الفعل أي الزنا يكون مشتركا بينهما وكل منهما مباشرة فكانا مشهودا عليهم ما فيجب الحدان وواحد على تقدير وهو ما اذا كانت مكرهة فان الرجل هو المنفرد بالفعل فيجب حد واحد فكان المشهود عليه واحد لان الاكراه يخرج المرأة من أن تكون فاعلة للزنا حكما ولهذا لا تأثم بالتمكين مكرهة فاختلاف الفعل المشهود به أورد اختلاف المشهود عليه واختلاف الفعل من أقوى الشبهة اه ولا يخفى أن المؤثر في إسقاطه عن الرجل ليس الاختلاف الفعل المشهود به فانه هو المستقل بذلك فكونه يستلزم الشهادة على اثنين أو واحد لا يؤثر في الحكم لان حاصل ذلك أن الرجل مشهود عليه بنصاب الشهادة على كل حال وهو الموجب للحد عندهما ولا فائدة لابي حنيفة في إيراد هذا الكلام بل الذي يفيد اختلاف الفعل المشهود به فاشتغاله بزيادة كلام لا أثر له ولا يفيد في المقصود فائدة بعيد وكونه على تقدير آخر مشهودا عليها معه والفرص ان ذلك التقدير وهو طواعيتها غير ثابت فانما هو أمر مفروض فرضا لا فائدة فيه أصلا ولذا حمل شارح لفظه عليه على به وعليه اقتصر في الكافي فقال وله أن المشهود به اختلف وليس على أحدهما أي على أحد الوجهين الذين بهما الاختلاف نصاب الشهادة فلا يجب شيء وهذا لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفا في جانبه ضرورة يعني أن الزنا بطائفة غير الزنا بمكرهة وشهادتهم بزنا دخل في الوجود والشاهدان بزنا بطائفة ينفيان زنا بمكرهة والاخران ينفيان زنا بطائفة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق في الخارج شهادة أربعة وقول المصنف يقوم بهما لا يرد قيام العرض بعد فرض أنه واحد بالشخص بل أنه يتحقق قيامه أي وجوده بهما (قوله ولان شاهدة الطوعية) لما اندرأ الحد عنها (صارا قاذفين لها) بالزنا (فصارا خصمين لها) ولا شهادة للخصم وكان مقتضاه أن يحد أحد القذف لكن سقط بشهادة الآخرين بزناهما مكرهة فان الزنا مكره يسقط الإحصان في حد القذف والإحصان يثبت بشهادة اثنين فلما سقطت شهادتهما في حقها سقطت في حقه بناء على اتحاد الفعل فصار على زناه شاهدان فلا يحد وهذا الاعتذار في سقوط

والقاذف خصم ولا شهادة للخصم واذا انتفت شهادتهما نقص نصاب الشهادة فلا يقام به الحد وكان ذلك يقتضى إقامة حد

حد القذف على شاهدة الطوعية (ولكن سقط الحد عنهما بشهادة شاهدة الاكراه لان زناهما مكره يسقط إحصانها) لوجود حقيقة الزنا

منها لکن لا تأثم بسبب الاكراه وقوله (وان شهدا اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة) ظاهر وقوله (خلافا لزر) يعنى انه يقول يحدون لان شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد فصار كلامهم قدفا كثلاثة شهدوا على رجل بالزنا فانهم يحدون حد القذف ولنا ما ذكره بقوله (الشبهة الاتحاد) يريد شبهة الاتحاد المشهود به وتقديره أن الشبهة دائرية في الحدود وبالحدوث وقد وجدت لانهم شهدوا واولاهم أهلية كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة في زعمهم نظر الى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم واتحاد المرأة وانما جاء الاختلاف بذكر المكان فثبت شبهة الاتحاد في المشهود به فيدرأ الحد قيل والحاصل أنها شهادة من وجه دون وجه فبالنظر الى الاول لم يتحد الشهود وبالنظر الى الثاني لم يتحد الشهود عليه وقوله (وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة) ظاهر (١٦٧) ولا يقال ان ذلك احتيال لوجوب الحد والحدود يحتال لدرتها

للايثام لان هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما أمكن ثم اذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد فان قيل فان كان كذلك فما بالك لم تصحوا الشهادة في مسألة الاكراه والطواعية على مذهب أبي حنيفة رحمه الله بان يحمل على أن يكون ابتداء الفعل عن اكراه وانتهائه عن طوع أجيب بان كل ما ذكر في مسألة الاكراه والطواعية لا ينفوت بين أن يكون اكراه من أوله الى آخره وبين أن يكون أوله اكراه وآخره طوعا لان الاكراه مسقط للحد عن المرأة سواء كان فعل الزنا من أوله الى آخره اكراه أو أوله اكراه وآخره طوعا فلما كان كذلك كان في شهادتهم اختلاف المشهود به كما ذكرنا

(قوله في زعمهم نظرا الى الخ)

(وان شهدا اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخرا أن أنه زنى بها بالبصرة درى الحد عنهما جميعا) لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهم ما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزر لشبهة الاتحاد تطرأ الى اتحاد الصورة والمرأة (وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة) معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس أن لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتها في زاوية أخرى بالاضطرار أولان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده حد القذف يحتاج اليه عندهما على ما ذكر في جامع شمس الأئمة حيث قال لم يجب حد القذف على الشهود عند أبي حنيفة لانهم اتفقوا على النسبة الى الزنا بلفظة الشهادة وذلك مخرج لكلامهم عن كونه قدفا كما في المسئلة التي تلى هذه وأما عندهما فلا يشاهد الطواعية صارا فاذن لها لکن شاهدى الاكراه أسقطاه الى آخر ما ذكرنا (قوله وان شهدا اثنان الخ) أى شهد أربعة على رجل بالزنا اثنان منهم شهدا أنه زنى بها بالكوفة والآخرا أن شهدا أنه زنى بها بالبصرة (درى الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان) لان الزنا بالكوفة ليس هو الزنا بالبصرة (ولم يتم على كل واحد منهم ما نصاب الشهادة) وهو شهادة أربعة (ولا يحد الشهود) للقذف وفيه خلاف زفر فعنده يحدون للقذف وهو قول الشافعي لان العدد لم يتكامل بكل زنا صاروا قدفة كما لو كانوا ثلاثة شهدوا به فانهم يحدون قلنا كلامهم وقع شهادة لوجود شرائطهما من الأهلية ولفظة الشهادة وتم العدد في حق المشهود عليه فان شبهة الاتحاد في نسبة الزنا لامرأة واحدة وصيغة الشهادة ثابتة وبذلك حصل شبهة اتحاد الزنا المشهود به فيندرى الحد عنهم والحاصل أن في الزنا شبهة أوجب الدر عن المشهود عليه وفي القذف شبهة أوجب الدر عن الشهود قال فاضحان وكلامنا أظهر لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأو بأربعه شهداء فاجلدوهم وقد وجد الاثبات بأربعة (قوله وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ومعناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا) أعنى حد الرجل والمرأة مع هذا الاختلاف (استحسان والقياس أن لا يحدوا) لاختلاف المكان حقيقة وبه يختلف الفعل المشهود به فتصير كالتى قبلها من البلدين والدارين والقياس قول زفر والشافعي ومالك وجه الاستحسان أنهم اتفقوا على فعل واحد حيث نسبوه الى بيت واحد صغيرا إذا الكلام فيه بخلاف الكبير وبعد ذلك تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل لان البيت إذا كان صغيرا والفعل وسطه فكل من كان في جهة يظن أنه اليه أقرب فيقول أنه في الزاوية التى نلته بخلاف الكبير فإنه لا يحتمل هذا فكان كالدارين فكان اختلافهم صورة لاحقيقة أو حقيقة والفعل واحد بان كان ابتداء الفعل في زاوية ثم صار الى أخرى بتحركه ما عند الفعل وأما ما قيل فانهم

أقول فيه تأمل (قوله قبل والحاصل) أقول صاحب القبل هو الاتقان (قوله أنها شهادة من وجه دون وجه) أقول أى أنها شهادة صورة وان لم تكن شهادة حقيقة (قوله ولا يقال بان ذلك احتيال الخ) أقول سيجيب الشارح عن هذا السؤال بجواب آخر في باب الاختلاف في الشهادة من كتاب الشهادات فراجع (قوله أجيب بان كل ما ذكر الخ) أقول ويجوز أن يفرق أيضا بان الطواعية قد اخلت في صلب الشهادة ولهذا بسألهم الامام عن الكيفية كما صرحوا به بخلاف زوايا البيت فإنه لو سكنت عنها تقبل الشهادة فاكتفى بإمكان التوفيق فيما ليس داخلها صونا للحجة الشرعية عن البطلان بقدر الامكان ولم يكتف به فيما هو داخل فيه نظر المشهود عليه ورعاية لجانبه فلينأمل

(وان شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالتخيلة عند طلوع الشمس وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند
درى الحد عنهم جميعا) أما عن ما فلا تائبنا بكذب أحد الفريقين غير عيى وأما عن الشهود فلا احتمال
صدق كل فريق

اختلفوا فيما لم يكفوا ونقله فليس يجسد لان ذلك أيضا قائم في البلدين نعم انما هم مكلفون بأن يقولوا
مثلا في دار الاسلام فالوجه ما اقتصرنا عليه فان قيل هذا توفيق لا قامة الحد وهو احتياط في الاقامة
والواجب درؤه أجيب بأن التوفيق مشروع صيانة للقضاء عن التعطيل فانه لو شهد أربعة على
رجل بالزنا فلا تائبنا مع احتمال شهادة كل منهم على زناها في غير الوقت وقبوله مبنى على اعتبار شهادة
كل منهم على نفس الزنا الذى شهد به الاخر وان لم ينص عليه في شهادته فان قيل الاختلاف في مسئلتنا
منصوص عليه وفي هذه مسكون عنه أجيب بأن التوفيق مشروع في كل من الاختلاف المنصوص
والمسكون ومن الاول ما اذا اختلفوا في الطول والقصر أو في السمن والهزال أو في أنها بيضاء أو سمراء أو
عليها ثوب أحمر أو أسود تقبل في كل ذلك وقد استشكل على هذا مذهب أبي حنيفة فيما اذا شهدوا
فاختلفوا في الاكراه والطواعية فان هذا التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل كرها وانتهائه طواعية
قال في الكافي يمكن أن يجاب عنه بان ابتداء الفعل كرها اذا كان عن اكرام لا يوجب الحد فبالنظر الى
الابتداء لا يجب وبالنظر الى الانتهاء يجب فلا يجب بالشك وهنا بالنظر الى الروايتين يجب فافترقا (قوله
ولو شهد أربعة أنه زنى بامرأة عند طلوع الشمس بالتخيلة) بالنون والخاء المعجمة تصغير نخلة مكان
بظاهر الكوفة وقد يقال بجيلة بالباء المفتوحة والجيم وهو تصحيف لانه اسم قبيلة باليمن (وشهد أربعة
أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند فلا حد على أحدهم - م - أما عن ما فالتيقن بكذب أحد الفريقين
غير عيى) اذا الانسان لا يتصور منه الزنا في ساعة واحدة في مكانين متباعدين فلا يجب حدهما بالشك
وأما في الشهود فالتيقن بصدق أحد الفريقين فلا يحدون بالشك فلو كان المكانان متقاربين جازت
شهادتهم - م - لانه يصح كون الامرين فيهما في ذلك الوقت لان طلوع الشمس يقال لوقت منتهى امتدادها
عرفيا لانه يخص أن ظهورها من الافق ويحتمل تكرار الفعل ودير هند بظاهر الكوفة وهند بنت
النعمان بن المنذر بن ماء السماء كانت ترهبت وبنت هذا الدير وأقامت به وخطبها المغيرة بن شعبة
أيام امارته على الكوفة فقالت والصلب ما في رغبة لجمال ولا كثرة مال انما أراد أن يفخر
بنكاحي فيقول نكحت بنت النعمان بن المنذر والافأى رغبة لشج أعور في عجز عيباء فصداقها المغيرة
وقال في ذلك

أدركت ما منيت نفسي خاليا * لله ذلك يا ابنة النعمان
فلا قدر ددت على المغيرة (١) دهبه * ان السلوك ذكبة الاذهان
اني لحلفك بالصلب مصدق * والصلب أصدق حلقة الرهبان
وكانت بعد ذلك تدخل عليه ويسألها فاسألها يوما عن حالها فقالت

فينا نسوس الناس والأمر أمرنا * اذا نحن فيهم سوقة نتنصف
فأف لذنا لا بدوم نعيمها * نقلب تارات بنا ونصرف
ذكر هذا ابن الشجري في أماليه على القصيدة المنازلية للشرى الرضى التي أولها

مازلت أطرق المنازل باللوى * حتى نزلت منازل النعمان
ولقد رأيت بدير هند منزلا * ألما من الضراء والحدان
أغضى كستمع الهوان تغيب * أنصاره وخلا عن الأعوان

قال (واذا شهد أربعة أنه
زنى بامرأة بالتخيلة عند
طلوع الشمس وأربعة أنه
زنى بها عند طلوع الشمس
بدير هند درى الحد عنهم
جميعا) التخيلة تصغير نخلة
التي هي واحدة النخل
موضع قريب من الكوفة
والباء الموحدة المفتوحة
والجيم تصحيف لانه اسم
من اليمن ودير هند لا يساعد
عليه لانه أيضا موضع
قريب من الكوفة وكلامه
واضح وقوله (فلا احتمال
صدق كل فريق) يعنى أن
احتمال الصدق في كلام كل
من الفريقين قائم وشبهة
الزنا تمنع وجوب الحد على
القائف

(١) دهبه بفتح الدال
المهملة وسكون الهاء ثم
مشنة تحنية وهو الدهاء أى
المكر ووقع في النسخ ذهنه
بمعجمة ونون وهو تحريف
فليذكر كنهه معجبه

وقوله (درئ الحد عنهما وعنهم) توضيحه أن الزنا لا يتحقق مع البكارة وشهادة النساء حجة فيما لا اطلاع للرجال عليه خصوصاً في إسقاط الحد فيسقط عنهما وأما عنهم فلا نه تكامل نصاب الشهادة وانما امتنع حكمها بقول النساء ولا مدخل لقولهن في إثبات الحدود وقوله (فان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عيان) ظاهر وقوله (لان الزنا يثبت بالاداء) (١٦٩) أي يظهر عند الامام بآداء

الشهود والشهادة ولا أداء للعيان والعبيد والمحدودين في القذف لا كاملاً ولا ناقصاً فانقلبت شهادتهم قذفاً لانهم نسبوهما الى الزنا ولم تكن نسبتهما الى الزنا شهادة فكانت قذفاً ضرورة وقوله (لان الفاسق من أهل الاداء والتحمل) يعني بالنص قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا فالامر بالتثبت دليل على أن الفاسق من أهل الاداء لانه لو لم يكن أهلاً للمأمر بالتثبت ألا ترى أن العبد اذا شهد بؤمر بالرد لا بالتثبت وذكر الامام فاضل خان أن الشهود ثلاثة شاهده أهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهده أهلية التحمل والاداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهده أهلية التحمل وليس له أهلية الاداء كالأعمى والمحدود في القذف ولهذا ينعقد النكاح بهما

(قال المصنف وان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عيان) أقول العيان والمحدودون في قذف ليسوا من أهل أداء الشهادة لكنهم من أهل التحمل

(وان شهد أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم) لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعنى المسئلة أن النساء نظرن اليها فقلن انهن بكر وشهادتهن حجة في إسقاط الحد وليست بحجة في إيجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم (وان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عيان أو محدودون في قذف أو أحدهم عبيد أو محدودون في قذف فانهم يحدون) ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل أداء الشهادة والعبد ليس بأهل التحمل والاداء فلم تثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء (وان شهدوا بذلك وهم فاسق أو ظهر أنهم فاسق لم يحدوا) لان الفاسق من أهل الاداء والتحمل وان كان في أدائه نوع قصور اتممة الفسق ولهذا الوقضى القاضي بشهادة فاسق فينفذ عندنا ويثبت بشهادتهم شبهة الزنا باعتبار قصور في الاداء لتممة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان وسيأتي فيه خلاف الشافعي بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة فهو كالعبد عنده

بالي المعالم أطـرقت شرفاته * إطراق منجذب القرينة عاني
وذكرت مسحبها الرياط بجوه * من قبل بيع زمانها بزمان
وبعترت على المغيرة ذهبه * تزع النوار بطيئة الاذعان

والنوار من النساء التي تنفر من الريبة يقال نارت المرأة تنور فوراً اذا نفرت عن القبيح (قوله وان شهد أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر) بأن نظر النساء اليها فقلن هي بكر (درئ الحد عنهما) أي عن المشهود عليهم بالزنا (وعنهم) أي ويذكر أحد القذف عن الشهود وهو أحد قول الشافعي وأحد وعند مالك متحد المرأة والرجل أما الدرء عنهما فلظهور كذب الشهود اذ لا بكارة مع الزنا وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فتثبت بكارتهن بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحد والوجه أن يقال ان لم تعارض شهادتهن شهادتهم تثبت بشهادتهن بكارتهن وهو لا يسـ ملزم عدم الزنا لجواز أن تعود العذرة لعدم المبالغة في ازالته فلا يعارض شهادة الزنا فينبغي أن لا يسقط الحد وان عارضت بأن لا يتحقق عود العذرة يجب أن تبطل شهادتهن لانها لا تقوى قوة شهادتهم قلنا سواء انتهت معارضة أو لا لا بد أن تورث شبهة بها بندري ولذا بسـ قط بقولهن هي رتقاء أو قرناء وبقيس في ذلك قول امرأة واحدة وأما عن الشهود فلتكامل عددهم في الشهادة على الزنا وانما امتنع الحد بشهادتهم لقولهن فقولهن حجة في إسقاط الحد لافي إيجابه والحاصل أنه لم يقطع بكذبهم لجواز صدقهم وتكون العذرة قد عادت لعدم المبالغة في ازالته بالزنا أولئك الذين (قوله وان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عيان أو محدودون في قذف أو أحدهم عبيد أو محدودون في قذف يحد الشهود ولا يحد المشهود عليه) الأصل أن الشهود باعتبار التحمل والاداء أنواع أهل التحمل والاداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل وأهل لهم على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب ومقابل القسمين ليس أهلاً للتحمل ولا للاداء وهم العبيد والصبيان والمجانين والكفار وأهل التحمل لا الاداء كالمحدودين في قذف والعيان فالاول يحكم بشهادته وتثبت الحقوق بها والثاني يجب التوقف فيها لظهور صدقه أو لا فلا والثالث لا شهادة له أصلاً حتى لم يعتبر فيما لم يعتبر للاداء فلا يصح النكاح بحضورهما وشهادتهما والرابع يعتبر في هذا فصح النكاح بحضور العيان والقذفة ولو شهدوا بعد ذلك لم تقبل اذا عرف هذا في المسئلة المذكورة عدم الحد للزنا ظاهر

(٢٢ - فتح القدير رابع) ولهذا ينعقد النكاح بحضورهم والعبد ليس من أهل التحمل والاداء والفاسق من أهل التحمل والاداء (قال المصنف لان الزنا يثبت بالاداء) أقول أي عند القاضي كما فسره الشيخ المصنف قوله في أول كتاب الحدود الزنا يثبت بالبينة والاقرار حيث قال والمراد بثبوته عند الامام فراجع

(وان نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا) لانهم قذفة اذ لا حسيبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها (وان شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد أحدهم عبدا أو محدودا في قذف فانهم يحدون) لانهم قذفة اذ الشهود ثلاثة (وليس عليهم ولا على بيت المال أرض الضرب وان رجم فدينه على بيت المال وهذا عند أبي حنيفة وقال أرض الضرب أيضا على بيت المال) قال العبد الضعيف غصمه الله معناه اذا كان برحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون لهما أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذا احتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجرح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع تجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فيجب الغرامة في مالهم

لانه لا يثبت بشهادة هؤلاء أي العيان والمحدودين في القذف ما يثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بها ما لا يثبت معها من الحدود وهذا لان العيان والمحدودين ليسوا أهلا للاداء والعبد ليس أهلا للتحمل أيضا فلم يثبت بشهادتهم شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء فصاروا قذفة فيحدون بخلاف الفساق اذا شهد أربعة منهم على الزنا لا يحدون وان لم يبقوا لانهم أهل للاداء مع قصور حتى لو حكمواكم بشهادة الفساق نفذ غير أنه لا يحمل له ذلك فاحتطنا في الحد فسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت وبأق في نفسه خلاف الشافعي بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة وكذا قال أحمد في رواية عنه (قوله وان نقص عدد الشهود عن أربعة) بان كانوا ثلاثة فأقل (حدوا) حد القذف يعني اذا طلب المشهود عليه بالزنا ذلك لانه حقه فتوقف على طلبه وهذه اجماعية لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة واذالم توجد الحسيبة ثبت القذف لان خروج الشهادة عن القذف انما كان باعتبار الحسيبة وقوله (وان شهد أربعة على رجل بالزنا) ظاهر وقوله (وعندهما يضمنون) أي أرض الجراحة اذا لم يمت والدية ان مات

لانه لا يثبت بشهادة هؤلاء أي العيان والمحدودين في القذف ما يثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بها ما لا يثبت معها من الحدود وهذا لان العيان والمحدودين ليسوا أهلا للاداء والعبد ليس أهلا للتحمل أيضا فلم يثبت بشهادتهم شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء فصاروا قذفة فيحدون بخلاف الفساق اذا شهد أربعة منهم على الزنا لا يحدون وان لم يبقوا لانهم أهل للاداء مع قصور حتى لو حكمواكم بشهادة الفساق نفذ غير أنه لا يحمل له ذلك فاحتطنا في الحد فسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت وبأق في نفسه خلاف الشافعي بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة وكذا قال أحمد في رواية عنه (قوله وان نقص عدد الشهود عن أربعة) بان كانوا ثلاثة فأقل (حدوا) حد القذف يعني اذا طلب المشهود عليه بالزنا ذلك لانه حقه فتوقف على طلبه وهذه اجماعية لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة واذالم توجد الحسيبة ثبت القذف لان خروج الشهادة عن القذف انما كان باعتبار الحسيبة وقوله (وان شهد أربعة على رجل بالزنا) ظاهر وقوله (وعندهما يضمنون) أي أرض الجراحة اذا لم يمت والدية ان مات

لانه لا يثبت بشهادة هؤلاء أي العيان والمحدودين في القذف ما يثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بها ما لا يثبت معها من الحدود وهذا لان العيان والمحدودين ليسوا أهلا للاداء والعبد ليس أهلا للتحمل أيضا فلم يثبت بشهادتهم شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء فصاروا قذفة فيحدون بخلاف الفساق اذا شهد أربعة منهم على الزنا لا يحدون وان لم يبقوا لانهم أهل للاداء مع قصور حتى لو حكمواكم بشهادة الفساق نفذ غير أنه لا يحمل له ذلك فاحتطنا في الحد فسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت وبأق في نفسه خلاف الشافعي بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة وكذا قال أحمد في رواية عنه (قوله وان نقص عدد الشهود عن أربعة) بان كانوا ثلاثة فأقل (حدوا) حد القذف يعني اذا طلب المشهود عليه بالزنا ذلك لانه حقه فتوقف على طلبه وهذه اجماعية لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة واذالم توجد الحسيبة ثبت القذف لان خروج الشهادة عن القذف انما كان باعتبار الحسيبة وقوله (وان شهد أربعة على رجل بالزنا) ظاهر وقوله (وعندهما يضمنون) أي أرض الجراحة اذا لم يمت والدية ان مات

(وان نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسيبة عند نقصان العدد) فان الشاهد مخير بين حسيبتين على ما مر وههنا لم يوجد منه حسيبة السر وهو ظاهر ولا حسيبة أداء الشهادة أيضا لنقصان عددهم فان الله تعالى قال والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة واذالم توجد الحسيبة ثبت القذف لان خروج الشهادة عن القذف انما كان باعتبار الحسيبة وقوله (وان شهد أربعة على رجل بالزنا) ظاهر وقوله (وعندهما يضمنون) أي أرض الجراحة اذا لم يمت والدية ان مات

قوله (فصار كالرجم والقصاص) يعني اذا شهد الشهود فرجم المشهود عليه او قتل ثم رجعوا بضمنون الدية ووجه ابي حنيفة ظاهر وقوله (في الصحيح) يعني في الصحيح من الرواية وذكروا في مبسوط نحر الاسلام ولو قال قائل يجب الضمان على الجلاذ فله وجه لانه ليس بما مور بهذا الوجه لانه امر بضرب مؤلم لا جرح ولا كسر ولا قاتل فاذا وجد منه الضرب (١٧١) على هذه الوجوه يقع فعله تعديا

فيجب عليه الضمان وذكر في كتاب الايضاح في هذه المسئلة لابي حنيفة وجهها حسنا وهو أن الاضافة الى الشهود من حيث الايجاب دون الايجاب والاثر الحاصل موجب وجود الضرب لا موجب وجوبه فلم يكن مضافا الى الشهادة فلا يجب عليهم الضمان وقوله (لما فيها من زيادة الشبهة) معناها لما فيها من شبهة زادت على الاصل لم تكن فيه فان الكلام اذا تداولته اللسانة يمكن فيه زيادة ونقصان

(قال المصنف فصار كالرجم والقصاص) أقول وقد سبق أنفا وسيجي في آخر باب التعزير كلام يتعلق بهذا المقام (قال المصنف) لانه لا يجب عليه الضمان في الصحيح) أقول قال الاتقاني استثناء من قوله فيقتصر عليه وهذا جواب سؤال بان يقال لما يقتصر عليه كان ينبغي أن يجب عليه الضمان وهو القياس فاجاب عنه وقال لكن لا يجب عليه الضمان في الوجه الصحيح وهو الاستحسان كي لا يمنع

فصار كالرجم والقصاص ولا يحنيفة أن الواجب هو الجلاذ وهو ضرب مؤلم غير جرح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قوله هدايته فاقصر عليه لانه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كي لا يمنع الناس عن اقامة مخافة الغرامة (وان شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد) لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها (فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد أيضا) معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة

وعند عدم الرجوع لم يكونوا معترفين بجنايتهم فيجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاذ الى القاضي لانه الأمر وفعله المأمور ينتقل الى الأمر عند صحة الأمر فكأنه ضرب بنفسه ثم ظهر خطؤه وفيه يكون الضمان في بيت المال لانه عامل للمسلمين لانفسه فيجب الغرامة التي لحقته بسبب عمله لهم في مالهم وصار الجرح والموت من الجلاذ كالرجم والقصاص اذا قضى به فان الضمان عند ظهور الشهود محدودين أو عبيد الخ في بيت المال اتفاقا (قوله ولا يحنيفة أن الواجب بشهادتهم هو الجلاذ وهو ضرب مؤلم غير جرح ولا مهلك) فتضمن هذا منع قولهما الواجب مطلق الضرب وقولهما في اثباته ان الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع ممنوع بل يمكن غير عسر أيضا (ولا يقع جارحا لان الخرق الضارب وقوله هدايته وترك احتياطه فاقصر عليه) فلم يتعد الى الشهود ولا القاضي بخلاف الرجيم فانه مضاف الى قضاء القاضي لانه قضى به ابتداء ثم ظهر خطؤه ومصلحة عمله للعامة فيكون موجب ضرر خطئه عليهم في مالهم لان الغرم بالغرم أما الجلاذ الجرح فلم يقض به فلا يلزمه فيكون في بيت المال بل يقتصر على الجلاذ (الا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح) لانه لم يتعمده فلو ضمنناه لامتنع الناس من اقامة مخافة الغرامة واذا لم تجب الغرامة عليه ولا على الشهود ولا على القاضي لتثبت في بيت المال لم تجب أصلا وهو المطلوب وقوله في الصحيح احتراز عن قول نحر الاسلام في مبسوطه لو قال قائل يجب الضمان على الجلاذ فله وجه لانه ليس بما مور بهذا الوجه بل بضرب مؤلم لا جرح ولا كسر ولا قاتل فاذا وجد فعله على هذا الوجه رجع متعديا فيجب عليه الضمان وهذا الوجه من جعله احترازا عن جواب القياس وانما يقال ذلك لضرورة عدم الخلاف في الواقع (قوله وان شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد لمافيا) أي في هذه الشهادة التي هي الشهادة على الشهادة (من زيادة شبهة) لتحقيقها في موضعين في تحصيل الاصول وفي نقل الفروع وهو قول مالك وأحمد والاصح من مذهب الشافعي أنه يحد بها اذا تكاملت شروطها ونحو ينار زيادة الشبهة وهي وان لم تمنع في الشرع لان الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة وألزم القضاء بموجبها في المال لكنها ضعيفة بما ذكرنا ولا يلزم من اعتبارها في الجملة اعتبارها في كل موضع كشهادة النساء فانما معتبرة صحيحة لذلك وليست معتبرة في الحدود لزيادة شبهة فيها فاعلم أن الشهادة مع زيادة مثل تلك الشبهة معتبرة الا في الحدود وسببه أنه يحتاج في درئها فكان الاحتياط ردما كان كذلك من الشهادة كما ردت شهادة النساء فيها ولا نه بديل واعتبار البديل في موضع يحتاج في اثباته لا فيما يحتاج في ابطاله (فان جاء الاولون) يعني الاصول (فشهدوا بالمعاينة) بنفس ما شهد به الفروع من الزنا فعنده لا تقبل أيضا (لان شهادة هؤلاء الاصول قدرتها الشرع من وجه برده شهادة الفروع في عين الحادثة) التي شهد بها الاصول

الناس اه وفسر غيره الصحيح بالصحيح من الرواية (قال المصنف لما فيها من زيادة الشبهة) أقول يعني ان في جميع الشهادات شبهة الكذب لكنها محتملة لئلا يلزم انفس ادب اباب الحدود وفي الشهادة على الشهادة عدم التحميل أيضا فبها زيادة الشبهة ولا تتحمل (قال المصنف ولا ضرورة الى تحملها) أقول يعني ان الشهادة على الشهادة شرعت للحاجة ولا حاجة اليها هنا لان الحدود يحتاج لدرئها لا لاثباتها

قوله (اذهم قائمون مقامهم) أي الفروع قائمة مقام الأصل فكان الرد لشهادة الفروع رد الشهادة الأصول وذلك لأن الموضع الذي تقبل فيه شهادة الفروع تقبل فيه شهادة الأصول وفي الموضع الذي ردت عندها إلى شهادة الأصول من وجه وذلك شبهة وقوله (ولا يحد الشهود) يعني الأصول والفروع (لأن عددهم متكامل) والاهلية موجودة (وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة) وهو شبهة عدم التحميل في الفروع وشبهة الرد في الأصول (وهي كافية لدره لا لإيجابه) لأن الشبهة مسقط للحد لا موجبة له قال (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا) هذا مروع في بيان الرجوع عن الشهادة في الزنا وكلامه واضح وقوله (لأنه ان كان قاذف حتى فقد بطل بالموت) يعني لأن حد القذف لا يورث (وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي) وذلك أن لم يسقط الإحصان فلا أقل من إرث الشبهة والحد يسقط بها (ولنا أن الشهادة تنقلب قذفا بالرجوع) عن الالام تنفسخ به وإذا انفسخت كانت فذفا لا تنفاه الحسبتين جميعا (فجعل للحال قذفا لليت) وإذا انقلبت قذفا فقد انفسخت بحسبها وإذا انفسخت بحسبها انفسخ ما يبنى عليها وهو القضاء

(١٧٣)

اذهم قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لأن عددهم متكامل وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدره لا لإيجابه (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الرافع وحده وغرم ربع الدية) أما الغرامة فلا تبقى من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق فيكون التالف بشهادة الرافع ربع الحق وقال الشافعي يجب القتل دون المال بناء على أصله في شهود القصاص وسنينه في الديات أن شاء الله تعالى وأما الحد فذهب علماء الثلاثة وقال زفر لا يحد لأنه ان كان الرافع قاذف حتى فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا أن الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا لليت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبنى عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما إذا قذفه غيره لأنه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه

وإذا انفسخ القضاء اندفع القول بكونه مرجوما بحكم القاضي فلا يسقط الإحصان ولا يورث الشبهة فيجب حد قاذفه لكن قيد بقوله في حقه لأنه زعم أن شهادته ليست بحجة وزعمه في حق نفسه معتبر بخلاف ما إذا قذف غيره لأنه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه لأن قضاء القاضي في زعمه صحيح متقرر فكان قذفه واقعا في حق غير المحصن فلا يجب حد القذف ولقائل أن يقول القضاء لو كان قائما في زعمهم وجب الحد لا محالة فإذا كان قائما في زعم دون زعم كان قائما من وجه دون وجه ومثله يورث الشبهة الدارئة للحد واعتراض أيضا بان أحد الشهود لو ظهر عبدا بعد الرجم لم يحد الشهود

(اذهم قائمون مقامهم) فصارت شبهة في دره الحد عن المشهود عليه بالزنا (ثم لا يحد الشهود) الأصول ولا الفروع (لأن عددهم متكامل) فلم تكن شهادتهم قذفا غير أنه امتنع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدره الحد لا لإيجابه فلا يوجب حد القذف على الشهود (قوله) وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم) حاصل وجوه رجوع واحد ثلاثة إما قبل القضاء أو بعده قبل المضاء أو بعده ذكرها المصنف كلها فذكر أولها ما إذا رجع واحد من الأربعة بعد المضاء وهو الرجم مثلا وأن حكمه أنه وحده يغرم ربع الدية أما غرامة ربع الدية فلا تبقى من يبقى بشهادته ثلاثة أرباعها فيكون التالف بشهادة الرافع ربعه لا ثلاثة أرباع النفس حكما فيضمن بدل الربع وقال الشافعي يجب القتل لا المال بناء على أصله في شهود القصاص انهم إذا رجعوا يقتلون قال المصنف (وسنينه في الديات) قيل وقعت الحوالة غير راجحة لأنه لم يذكر فيه وأما حد الرافع وحده فذهب علماءنا الثلاثة أنه يحد وقال زفر لا يحد لأنه ان كان قاذف حتى رجوعه فقد بطل بالموت لان حد القذف لا يورث لان الغالب فيه حق الله فيورث شبهة وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي وحكمه برجه يوجب شبهة في إحصانه ولهذا لا يحد الباقيون إجماعا (قوله ولنا الخ) حاصله اختبار الشق الثاني وهو أنه قذف ميت ثم نفي الشبهة الدارئة للحد القذف عنه أما أنه قذف ميت فلأن بالرجوع

حد القذف بالاجاع ولو ظهر أحدهم عبدا بعد الحد حدوا وما ذلك الا لان القذف

تنفسخ

ان ثبت بالشهادة ثبت من وقت الشهادة كما قال زفر ومن قذف حيا ثم مات المفذوف لا يحد القاذف وأجيب بان أحدهم إذا ظهر عبدا علم أن شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفا في ذلك الوقت لعدم اهلية الشهادة لان العبد لا شهادة له فان كان الحد جلد فقد قذف حيا فيحد وان كان برجا قذف حيا ثم مات فلا يحد بخلاف ما نحن فيه فأنما كانت شهادة في ذلك الوقت وبالرجوع انقلبت قذفا بعد الموت فكان قاذفا لليت فيحد

(قال لمصنف وأما الحد فذهب علماءنا الثلاثة) أقول عطف على قوله أما الغرامة بتأويل أما الغرامة فذهب جميع علماءنا لأنه بقي من يبقى الخ وأما الحد فذهب الثلاثة من علماءنا وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رجعهم الله تعالى (قوله ولقائل أن يقول القضاء لو كان قائما في زعمهم وجب الحد) أقول فيه تأمل الآن يكون وجوبه في سقط

وقوله (فان لم يحذ المشهود عليه) وقال محمد
 حد الرابع خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا ينسخ الا في حق الرابع كما اذا رجع بعد الامضاء
 ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود
 عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حذوا جميعا وقال زفر بمحمد الرابع خاصة لانه لا يصدق على
 غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة بانصال القضاء به فاذا لم يتصل به بقي قذفا فيصدون
 (فان كانوا خمسة فرجع أحدهم فلا شيء عليه) لانه بقي من يقي بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربعة
 (فان رجع آخر حذوا وغر ما رجع الديه) أما الحد فلما ذكرنا
 تنسخ شهادته فتصرفه ذفا للرجال لانه بالرجوع يبين أن تلك الشهادة كانت قذفا من الاول لانها
 حين وقعت كانت معتبرة شهادة غير أن بالرجوع تنسخ فتصرفه ذفا للرجال كمن علق الطلاق ثم وجد
 الشرط بعد سنة فوقع يقع الا لانه يبين أنه وقع حين التكلم به وكذا اذا نسخ وارث المشتري البيع
 مع البائع بعد موت المشتري يثبت به المالك في الحال للبائع بخلاف ما لو ظهر أحدهم بعد الحد
 فانهم يحدون كلهم لانه ظهر ان الرابع وغيره قذفة لان العبد لا شهادة له فكان عدد الشهود ناقصا
 فيحدون وانما لا يحدون بعد الرجم عند ظهور أحدهم عبد الاله قذف حيا فمات وأما أن كونه مرجوما
 ليس شبهة في حقه دائرة للحد عنه فلانه لما انسخت الحجة انسخ ما بين عليها وهو القضاء برجه في حقه
 بزعمه واعترافه فاذا انسخ ثلاثي فكأنه لم يكن لكن ذلك في حق الرابع خاصة فلم يكن بحيث يوجب
 شبهة في حقه لان زعمه معتبر في حقه بخلاف غيره لانه لم ينسخ في حق غيره فلذا حد الرابع ولم يحذ غيره ولو
 قذفه لان القضاء لما كان قائما في حق الغير صار المرجوم غير محصن في حقه ثم كرا المصنف رجوع
 الواحد قبل الامضاء بعد القضاء فقال (فان لم يحذ المشهود عليه بالزنا حتى رجع واحد منهم) أي بعد
 القضاء قبل الامضاء (حدوا جميعا وقال محمد) وزفر (يحد الرابع وحده لان الشهادة تأكدت بالقضاء)
 فلم يبق طريق الى وقوعها قذفا فالرجوع بعد القضاء قبل الامضاء انما يؤثر في نسخ القضاء في حقه خاصة
 كالرجوع بعد الاستيفاء (ولهما أن الامضاء) أي استيفاء الحد (من القضاء) وقد تقدم بيان كون الامضاء
 من القضاء بحقوق الله تعالى في مسألة التقادم فكان رجوعه قبل الامضاء رجوعه قبل القضاء وتظهر
 ثمة كون الامضاء من القضاء فيما اذا اعترضت أسباب الجرح في الشهود أو سقوط احصان المقذوف
 أو عزل القاضي يمنع استيفاء حد القذف وغيره ثم ذكر رجوعه قبل القضاء فقال (ولو رجع واحد منهم
 قبل القضاء حذوا جميعا) وهو قول الأئمة الثلاثة (وقال زفر بمحمد الرابع خاصة) لان رجوعه عامل في
 حق نفسه دون غيره فتبقى شهادتهم على ما هي عليه لا تنقلب قذفا (ولنا أن كلامهم قذف في الاصل وانما
 يصير شهادة بانصال القضاء به) ولم يتصل به لان رجوعهم منع من ذلك فبقي قذفا فيصدون والاولى أن يقال
 كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة مادام بصفة إيجابه القضاء على القاضي وبالرجوع انتفى فكان
 قذفا وهذا لان كونه لا يخرج عن القذف الى الشهادة الا بانصاله بحقيقة القضاء مما يمنع اذا عرف هذا
 قلنا وامتنع الرابع عن الاداء بمحمد الثلاثة ولا يكون ذلك بسكوت الرابع بل بنسبة الثلاثة اياه الى الزنا
 فولا فكذا اذا رجع أحدهم بمحمد ثلاثتهم بقرائنهم زني (قوله فان كانوا خمسة) عطف على أول المسئلة
 ولو شهد أربعة (فرجع أحدهم) أي بعد الرجم (لا شيء عليه) أي لا حد ولا غرامة (لانه بقي) بعد
 رجوعه (من يقي بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربعة) وهو قول الأئمة الاربعة سوى قول الشافعي
 رحمه الله غير الاصح عندهم (وان رجع آخر) مع الاول (حد كل منهما وغر ما رجع الديه) وللشافعي
 تفصيل وهو انهما ان قالوا خطأ واجب عليهما ما قسطهما من الديه وفيه وجهان في وجه خساها وفي
 وجه ربهما كقولنا ولو قال لا تعدنا الكذب يقتلان (أما الحد فلما ذكرنا) يعني من أن الشهادة تنقلب

وقوله (فان لم يحذ المشهود عليه) وقال محمد
 حد الرابع خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا ينسخ الا في حق الرابع كما اذا رجع بعد الامضاء
 ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود
 عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حذوا جميعا وقال زفر بمحمد الرابع خاصة لانه لا يصدق على
 غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة بانصال القضاء به فاذا لم يتصل به بقي قذفا فيصدون
 (فان كانوا خمسة فرجع أحدهم فلا شيء عليه) لانه بقي من يقي بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربعة
 (فان رجع آخر حذوا وغر ما رجع الديه) أما الحد فلما ذكرنا

تنسخ شهادته فتصرفه ذفا للرجال لانه بالرجوع يبين أن تلك الشهادة كانت قذفا من الاول لانها
 حين وقعت كانت معتبرة شهادة غير أن بالرجوع تنسخ فتصرفه ذفا للرجال كمن علق الطلاق ثم وجد
 الشرط بعد سنة فوقع يقع الا لانه يبين أنه وقع حين التكلم به وكذا اذا نسخ وارث المشتري البيع
 مع البائع بعد موت المشتري يثبت به المالك في الحال للبائع بخلاف ما لو ظهر أحدهم بعد الحد
 فانهم يحدون كلهم لانه ظهر ان الرابع وغيره قذفة لان العبد لا شهادة له فكان عدد الشهود ناقصا
 فيحدون وانما لا يحدون بعد الرجم عند ظهور أحدهم عبد الاله قذف حيا فمات وأما أن كونه مرجوما
 ليس شبهة في حقه دائرة للحد عنه فلانه لما انسخت الحجة انسخ ما بين عليها وهو القضاء برجه في حقه
 بزعمه واعترافه فاذا انسخ ثلاثي فكأنه لم يكن لكن ذلك في حق الرابع خاصة فلم يكن بحيث يوجب
 شبهة في حقه لان زعمه معتبر في حقه بخلاف غيره لانه لم ينسخ في حق غيره فلذا حد الرابع ولم يحذ غيره ولو
 قذفه لان القضاء لما كان قائما في حق الغير صار المرجوم غير محصن في حقه ثم كرا المصنف رجوع
 الواحد قبل الامضاء بعد القضاء فقال (فان لم يحذ المشهود عليه بالزنا حتى رجع واحد منهم) أي بعد
 القضاء قبل الامضاء (حدوا جميعا وقال محمد) وزفر (يحد الرابع وحده لان الشهادة تأكدت بالقضاء)
 فلم يبق طريق الى وقوعها قذفا فالرجوع بعد القضاء قبل الامضاء انما يؤثر في نسخ القضاء في حقه خاصة
 كالرجوع بعد الاستيفاء (ولهما أن الامضاء) أي استيفاء الحد (من القضاء) وقد تقدم بيان كون الامضاء
 من القضاء بحقوق الله تعالى في مسألة التقادم فكان رجوعه قبل الامضاء رجوعه قبل القضاء وتظهر
 ثمة كون الامضاء من القضاء فيما اذا اعترضت أسباب الجرح في الشهود أو سقوط احصان المقذوف
 أو عزل القاضي يمنع استيفاء حد القذف وغيره ثم ذكر رجوعه قبل القضاء فقال (ولو رجع واحد منهم
 قبل القضاء حذوا جميعا) وهو قول الأئمة الثلاثة (وقال زفر بمحمد الرابع خاصة) لان رجوعه عامل في
 حق نفسه دون غيره فتبقى شهادتهم على ما هي عليه لا تنقلب قذفا (ولنا أن كلامهم قذف في الاصل وانما
 يصير شهادة بانصال القضاء به) ولم يتصل به لان رجوعهم منع من ذلك فبقي قذفا فيصدون والاولى أن يقال
 كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة مادام بصفة إيجابه القضاء على القاضي وبالرجوع انتفى فكان
 قذفا وهذا لان كونه لا يخرج عن القذف الى الشهادة الا بانصاله بحقيقة القضاء مما يمنع اذا عرف هذا
 قلنا وامتنع الرابع عن الاداء بمحمد الثلاثة ولا يكون ذلك بسكوت الرابع بل بنسبة الثلاثة اياه الى الزنا
 فولا فكذا اذا رجع أحدهم بمحمد ثلاثتهم بقرائنهم زني (قوله فان كانوا خمسة) عطف على أول المسئلة
 ولو شهد أربعة (فرجع أحدهم) أي بعد الرجم (لا شيء عليه) أي لا حد ولا غرامة (لانه بقي) بعد
 رجوعه (من يقي بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربعة) وهو قول الأئمة الاربعة سوى قول الشافعي
 رحمه الله غير الاصح عندهم (وان رجع آخر) مع الاول (حد كل منهما وغر ما رجع الديه) وللشافعي
 تفصيل وهو انهما ان قالوا خطأ واجب عليهما ما قسطهما من الديه وفيه وجهان في وجه خساها وفي
 وجه ربهما كقولنا ولو قال لا تعدنا الكذب يقتلان (أما الحد فلما ذكرنا) يعني من أن الشهادة تنقلب

الحجة وقد انقضت الشهادة في حقهم بالرجوع فيجدان فان قيل الاول منهما حين رجع لم يجب عليه حد ولا ضمان فلو لم يمه ذلك لكان لزومه برجوع الثاني ورجوع غيره (١٧٤) لا يكون ملزما اياه بالحد اوجب بان الحد لم يجب لانه عدم السبب بل لوجود المانع وهو بقاء

الحجة التامة فاذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحد على الاول بالسبب المتقرر لا بزوال المانع ولو اعتبرنا هذا المعنى لوجب القول بأنهم لو رجعوا معاً لم يجد واحد منهم لان في حق كل واحد منهم لا يلزمه شيء برجوعه وحده لو ثبت أصحابه على الشهادة وهذا بعيد قال (وان شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا) التزكية من زكي نفسه اذا مدحها وتزكية الشهود الوصف بكونهم أزكيا وان شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا (فرجعتهم فظهر الشهود مجوساً أو عبيداً فالدية على المزكين عند أبي حنيفة معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال أبو يوسف ومحمد هو) أي الضمان (على بيت المال) ولما كان قوله رجعوا عن التزكية محتملاً أن يكون الرجوع بان يقولوا أخطأنا وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق وان يكون بان يقولوا نعتدنا التزكية مع علمنا بحالهم وهو محل النزاع قال (وقيل هذا اذا قالوا) يعني لو قالوا أخطأنا لما وجب الضمان بالاتفاق قالوا المزكون ما أثبتوا سبب الاتلاف لانه هو الزنا

وأما الغرامة فلانه بقي من يبق بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لارجوع من رجع على ما عرف (وان شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجعتهم فادوا الشهود مجوساً أو عبيداً فالدية على المزكين عند أبي حنيفة) معناه اذا رجعوا عن التزكية (وقالوا هو على بيت المال) وقيل هذا اذا قالوا نعتدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما أنهم أثبتوا على الشهود خيراً فصارت كما اذا أثبتوا على الشهود عليه خيراً بان شهدوا باحسانه

قد قال الحال فعليهما الحدية في عند رجوع الثاني تنسخ شهادته ما قد فاعلم بقاء تمام الحجة بعد رجوع الثاني لأن رجوع الثاني هو الموجب للحد (وأما الغرامة فلانه بقي من يبق بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر) في قدر لزوم الغرامة (بقائه من بقي) لارجوع من رجع على ما عرف (قوله وان شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا) أي بأن قال المزكون هم أحرار مسلمون عدول أمالوا اقتصروا على قولهم عدول فلا ضمان على المزكين بالاتفاق اذا ظهر واعيدوا فادوا كوا كما قلنا فرجعتهم ثم ظهر بعضهم كافراً أو عبداً فاما أن يستمر المزكون على تزكيتهم فائين هم أحرار مسلمون فلا شيء عليهم انفاقاً ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بأنهم كانوا مسلمين وانما طرأ كفرهم بعد وان قالوا أخطأنا في ذلك فكذلك لا يضمنون بالاتفاق فلم يبق لصورة الرجوع التي فيها الخلاف إلا أن يقولوا نعتدنا فاعلمناهم أحرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم ففي هذه الصورة قال أبو حنيفة رحمه الله الدية على المزكين وقال أبو يوسف ومحمد على بيت المال وهو قول الأئمة الثلاثة اذا عرف هذا فقول المصنف وقيل هذا اذا قالوا نعتدنا التزكية مع علمنا بحالهم ليس على ما ينبغي بعد قوله اذا رجعوا عن التزكية لانه يوجبهم أن في صورة الرجوع الخلافية قواين أن يرجعوا بهذا الوجه أو باعم منه وایس كذلك (لهما أنهم) لو ضمنوا كان ضمان عدوان وهو بالباشرة أو التسبب وعدم المباشرة ظاهر وكذا التسبب لان سبب الاتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وانما (أثبتوا على الشهود خيراً فصارت كما اذا أثبتوا على الشهود عليه بالاحسان) فكما لا يضمن شهود الاحسان بعد رجوع الشهود عليه به اذا ظهر غير محصن لانهم لم يثبتوا السبب كذلك لا يضمن المزكون (ولا يبي حنيفة أن الشهادة بالزنا) انما تصير حجة موجبة للحكم بالرجوع على الحاكم (بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة) للاتلاف لانها موجبة موجبة الشهادة للحكم به وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها على ما عرف بخلاف الاحسان فانه ليس موجبا للعقوبة ولا تغليظها بل الزنا هو الموجب فعند الاحسان يوجبها غلظة لانه كفران نعمة الله فلم تضاف العقوبة الى نفس الاحسان الذي هو النعمة بل الى كفران النعمة فكانت الشهادة به شهادة بثبوت علامة على استحقاق تغليظ العقوبة والسبب وضع الكفران في موضع الشكر ثم افاد المصنف أنه لا يشترط في التزكية لفظ الشهادة بان قالوا نعتدناهم أحراراً بل ذلك أو الاخبار كان يقولوا هم أحرار وكذا لا يشترط مجلس القضاء اتفاقاً ثم لا يشترط العدد في المزكي عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً للمحدثين في سائر الحقوق والأربعة في الزنا ويجوز شهادة رجل وامرأتين في الاحسان ثم لا يحد الشهود حد الشذف لانهم قد فواحيات ولا يورث استحقاق حد القذف (واعلم) أنه وقع في المنظومة قوله

على المزكين ضمان من رجم * ان ظهر الشاهد عبداً وعلم
وأوجباً ضمان هذا المتلف * من بيت مال المسلمين فاعرف
وفي المزكين اذا هم رجعوا * كذا وقالوا عزروا وأوجعوا

وما تعرضوا له وانما أثبتوا على الشهود خيراً فكان كما اذا أثبتوا على الشهود عليه خيراً فكانوا في المعنى كشهود الاحسان وفي الآن أولئك أثبتوا اخصالاً جيدة في الزاني وهو لاه أثبتوا اخصالاً جيدة في الشاهد فكما لا ضمان على أولئك كذلك لا ضمان على هؤلاء

(قوله قال وقيل هذا الخ) أقول فلا وجه حينئذ لصيغة الترميض

وله أن الشهادة إنما تصير حجة عامة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة الالهة فيضاف الحكم اليها بخلاف
شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بين ما اذا شهدوا بلفظة الشهادة أو أخبروا وهذا اذا أخبروا
بالحرية والاسلام أما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان
على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قد فوا حيا وقد مات فلا يورث عنه
(واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى
القاتل الدية) وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسه معصومة بغير حق

وفي المختلف ما وافق ما في المنظومة لانه قال بعد ذكر الخلاف مطلقا عن قيد الرجوع وعلى هذا الخلاف
اذا رجع المزكون قال في المصنف شرح المنظومة وهنا اشكال هائل فان ان أولنا المسئلة بالرجوع
يلزم التكرار وان لم نؤواها بالرجوع يلزم المخالفة بين الروايات فيجتمعا أن يكون في المسئلة روايتان
ويدل عليه أنه ذكر في الاسلام في الجامع الصغير مطلقا كما ذكر هنا وفي الشرح خلافه ثم قال ويحتمل أن
يؤول بالرجوع ولا يلزم التكرار لان المسئلة الأولى فيما اذا ظهر الشهود عبيدا ورجع المزكون أيضا
والمسئلة الثانية بمعنى التي في البيت الثالث فيما اذا رجع المزكون فحسب والتفاوت ظاهر اه وعلى هذا
فان الخلاف في موضعين ما اذا ظهروا عبيدا ورجعوا وما اذا رجعوا فقط وأما تعزيزهم فباتفاق وقول
صاحب الجمع ولو شهدوا فزكوا فرجم ثم ظهر أحدهم عبدا فالضمان على المزكين ان نعمدوا وقال في
بيت المال ولو رجع المزكون عزروا لا يفيد تحقق الخلاف في الضمان في مجرد رجوعهم بل أفاد مجرد
الاتفاق على التعزير فالاشكال قائم على صاحب المنظومة على ما مشى هو عليه وحاصل الجمع اشتراط
الرجوع مع الظهور لتحقيق الخلاف فلا ينفرد الظهور بالتضمنين الخلاف في بل الاتفاق أنه في بيت المال كما
سيذكر وينفرد رجوع المزكين بالتضمنين المختلف فيه أهو عليهم أو على بيت المال وبه يزول الاشكال
عنه غير أن من العجب كون مجرد رجوع المزكين موجبا للضمان على الخلاف ولا يذكر في الاصول
كالجامع والاصل (قوله) واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجه الخ استوفى أقسامها في
كافي حافظ الدين فقال ان شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر الامام برجه فقتله رجل عمدا أو خطأ بعد
الشهادة قبل التعديل يجب القود في العمد والدية في الخطأ على عاقبته وكذا اذا قتله بعد التزكية قبل
القضاء بالرجم وان قضى برجه فقتله رجل عمدا أو خطأ لا شيء عليه وان قتله عمدا بعد القضاء ثم وجد
الشهود عبيدا أو كفارا أو محددين في قذف فالقياس أن يجب القصاص لانه قتل نفسا محقون الدم
عمدا لكنه لما ظهر أن الشهود عبيد تبين أن القضاء لم يصح ولم يصرمباح الدم وقد قتل به بفعل لم يؤمر به
اذا المأمور به الرجم وهو قد حزر قتله فلم يوافق أمر القاضي له يصير فعله منقولا اليه فبقي مقصورا عليه
وفي الاستحسان يجب الدية لان قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر وحين قتله كان القضاء صحيحا
فأورث شبهة الاباحة وهذا لانه لو نفذ ظاهرا وباطنا ثبت حقيقة الاباحة فاذا نفذ من وجه دون وجه
ثبت شبهة الاباحة بخلاف ما لو قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة يعني فيقتص منه في العمد فصار
كن قتل انسانا على ظن أنه حربي وعليه علامتهم ثم ظهر أنه مسلم فعليه الدية في ماله لانه عدو والعاقلة
لا تعقل العمد وتجب في ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل وما يجب بنفس القتل يجب مؤجلا كالدية
بخلاف ما وجب بالصلح عن القود حيث يجب حالا لانه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فأشبهه الثمن
وما في الكتاب لا يخفى بعد ذلك وقوله (وان رجم) ضبطه الاساتذة بالبناء للفاعل ليرجع ضميره الى الرجل
في قوله فضرب رجل عنقه ويطابق قول السرخسي في المبسوط ما في مبسوط شمس الاثمة حيث
قال فيه وان كان هذا الرجل قتل رجلا ثم وجدوا عبيدا تجب الدية في بيت المال (لما ذكرنا) يعني في

وقوله (وله أن الشهادة)
ظاهر وقوله (وهذا)
يعني وجوب الضمان على
قول أبي حنيفة وقوله
(لانه لم يقع كلامهم شهادة)
فيه نظر لما تقدم ان كلام
كل منهم يصير شهادة
باتصال القضاء به وقد اتصل
به القضاء فواجبه قوله لانه
لم يقع كلامهم شهادة
والجواب أن القضاء لما
ظهر خطؤه بيقين صار كأن
لم يكن فلم يتصل القضاء
بكلامهم فلم يصير شهادة
فان قيل فلم لا نجد الشهود
قلت لانهم قد فوا حيا ثم
مات فلا يورث عنه واليه
الاشارة في الكتاب لا يقال
لم يجعل قذفا للبيت المال
بطريق الانقلاب كما في
صورة الرجوع عن الشهادة
لانا نقول علة الانقلاب
الرجوع عن الشهادة ولم
يوجد فان قيل لم لا يكون
ظهورهم عبيدا أو مجوسا
علة للانقلاب كالرجوع
فالجواب أن الانقلاب
صيورة الشهادة قذفا
وكلامهم لم يقع شهادة

(قوله لما تقدم ان كلام كل
منهم) أقول في رأس العصفرة

وقوله (وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهر وقت القتل) يعني أن القضاء وجد صورة وصورة قضاء القاضي تكفي لإبراث الشبهة لأنه لو كان حقيقة كان مباح الدم فصورة تكون شبهة كالتكاح الفاسد يجعل شبهة في إسقاط الحد وهذا لا يجب القصاص على الولي إذا جاء المشهود بقتله حيا وقوله (١٧٦) (وان رجم) على بناء الفاعل أي الرجل الذي ضرب عنقه لم يضربه وانما رجمه

(ثم وجدوا) أي الشهود (عبيد أقالدية على بيت المال) لأنه امتثل أمر الامام فنقل فعله (أي فعل الراجم) إلى الامام ولو يشره (الامام بنفسه وجبت الدية في بيت المال لما ذكرنا) أن فعل الجلاد ينتقل إلى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم (كذا هذا بخلاف ما إذا ضرب عنقه لأنه لم يأمر أمره) لأنه أمره بالرجم دون خز الرقبة فلم ينتقل فعله إليه قوله (واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا نعمدنا النظر) إلى موضع الزنا من الزانيين (قبلت شهادتهم) لما ذكر في الكتاب وهو واضح وفي الجامع الصغير لشمس الأئمة قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم لأقرارهم بالفسق على أنفسهم فان النظر إلى عورة الغير فصدافسق وانما تقبل شهادتهم إذا لم يبينوا كيفية النظر لاحتمال أن يكون ذلك وقع اتفاقا لا قصدا ولكننا نقول النظر إلى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة وبالشهود

وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهر وقت القتل فأورث شبهة بخلاف ما إذا قتل قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولأنه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصارك إذا ظنه حيا وعليه علامتهم وتجب الدية في ماله لأنه عمد والعواقل لا تعقل العمد ويجب ذلك في ثلاث سنين لأنه وجب بنفس القتل (وان رجم ثم وجدوا عبيد أقالدية على بيت المال) لأنه امتثل أمر الامام فنقل فعله إليه ولو يشره بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما إذا ضرب عنقه لأنه لم يأمر أمره (واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا نعمدنا النظر قبلت شهادتهم) لأنه يباح النظر لهم ضرورة فحمل الشهادة فأشبهه الطبيب والقابلة (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم) معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بنبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طاقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله (فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم) خلافا لفرق الشافعي فالشافعي مر على أصله أن شهادتين غير مقبولة في غير الاموال وزفر يقول أنه شرط في معنى العلة لان الجنابة تغلظ عنده فيضاف الحكم إليه

مسئلة الجلاد إذا جرح من قوله ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم (كذا هذا) أي الرجل القاتل بالرجم بعد أمر القاضي (بخلاف ما إذا ضرب عنقه) ثم ظهر واعبيد انجب الدية في ماله كما ذكرنا (لأنه لم يأمر أمره) فلم ينتقل فعله إليه كما ذكرنا أيضا ولهذا يؤدبه على القتل بالسيف ولا يؤدبه هنا لأنه لم يخالف (قوله) وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا نعمدنا النظر) أي إلى فرجهما (قبلت شهادتهم) وبه قال الشافعي في المنصوص ومالك وأحمد لانه ضرورة ثبوت القدرة على إقامة الحسبة والنظر إلى العورة عند الحاجة لا يوجب فسقا كنظر القابلة والخافضة والختان والطبيب وعد في الخلاصة مواضع حل النظر إلى العورة للضرورة فزاد الاحتقان والبكارة في العنة والرد بالعيب والمرأة في حق المرأة أولى وان لم توجد ستر ما وراء موضع الضرورة بخلاف ما لو قالوا نعمدنا النظر للتلذذ لا تقبل اجماعا ونسب إلى بعض العلماء أنه لا تقبل شهادتهم الا اذا لم يبينوا كيفية النظر فيجوز أن يقع اتفاقا لا قصدا وقلنا ان النظر يباح للحاجة على ما قلنا (قوله) وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم) قال المصنف (معناه أنه ينكر الدخول بها بعد وجود سائر الشرائط) أي شرائط الاحصان (لان الحكم) شرعا (بثبوت النسب منه حكم بالدخول) أي يستلزم ذلك (ولذا يطلقها) طلاقه (يعقب الرجعة) ولو كانت غير مدخول بها بابت بالواحدة الصريحة والفرس أنهما مقرران بالولد ولو ثبت الدخول بشهادة شاهدين ثبت الاحصان فاذا ثبت بشهادة الشرع وبأقرارهما أولى وعلى كون الماهي ما ذكر المصنف من أن الفرض وجود سائر شرائط الاحصان يدخل فيه أن بينهما تكاحا صحيحا فان الأئمة الشافعي ومالك وأحمد من أنه لا يثبت بذلك لاحتمال كونه من دخول لا على وجه الصحة ليس بخلاف لان بفرض أنها امرأته لا يكون من وطء شبهة لغیر المنكوحه ولا من نكاح فاسد لان النكاح الفاسد لا يستمر ظاهر امواله على وجه الدية والاستقرار كما يفيد قوله وله امرأة (قوله) فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه الخ) المقصود من هذه أن الاحصان يثبت بشهادة النساء مع الرجال خلافا لفرق الشافعي ومالك وأحمد الا أن المبني مختلف فعندهم شهادتين في غير الاموال لا تقبل وعند فران

حاجة إلى ذلك لانهم ما لم يروا كالمشاهد في البئر والميل في المسحكة لا يسعهم أن يشهدوا وقوله (واذا شهد أربعة قبلت على رجل بالزنا) ظاهر وقوله (والاحصان يثبت بمثله) أي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة ألا ترى أنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين عندنا فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الاحصان بالحكم بنبوت النسب وقوله (خلافا لفرق الشافعي فالشافعي مر على أصله وزفر جعل الاحصان شرطا في معنى العلة لان الجنابة تغلظ عنده فيضاف الحكم إليه

فأشبه حقيقة العلة) وبترتب على ذلك أمران أحدهما ما ذكره في الكتاب أن شهادة النساء لا تقبل فيه والثاني أن شهود الإحصان إذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده على ما سياتي لأن شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق وقوله (فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي الخ) يعني أن الزاني لو كان مملوكا لزمى وهو مسلم فشهد ذميان أن مولاه (١٧٧) الذي أعتقه قبل الزنا لم يرحم مع أن شهادة أهل الذمة على الذي أعتق مقبولة لكن لما كان المقصود ههنا تكيل العقوبة على المسلم تقبل شهادة أهل الذمة فهذا مثله وقوله (لما ذكرنا) يعني أن الإحصان شرط في معنى العلة (ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الجيدة) بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالإسلام وبعضها مندوب إليه كالنكاح الصحيح والدخول بالنكوح (والحال أنه مانع عن الزنا على ما ذكرنا) قبل باب الوطء الذي يوجب الحد فيكون السك من جرة وكل ما يكون مانعا عن الزنا لا يكون علة للعقوبة الغليظة (وصار كما إذا شهدوا به) أى بالنكاح (في غير هذه الحالة) يعني لو شهد رجل وامرأتان أن فلانا تزوج هذه المرأة ودخل بها في غير حالة الزنا قبلت شهادتهم فكذلك ههنا (بخلاف ما ذكر) يعني زفر من شهادة الذميين على ذمي أنه أعتق عبده قبل الزنا (لأن العتق) هناك (يثبت) أيضا (بشهادتهما وإنما

فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرة فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الجيدة وإنها مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما إذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكرنا لأن العتق يثبت بشهادتهما وإنما لا يثبت سبق التاريخ لأنه يشكره المسلم أو ينضربه المسلم (فإن رجع شهود الإحصان لا يضمنون) عندنا خلافا لفرع ما تقدم

قبلت إلا أنه يقول الإحصان شرط في معنى العلة والشأن اثبات أنه في معنى العلة ونفيه لأنه المدار فقال لأن تغليظ العقوبة يثبت عنده بخلاف الشرط المحض (فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرة وصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم) وهو محض (أنه أعتقه قبل زناه لا تقبل) مع أن شهادة أهل الذمة على الذي أعتق مقبولة في غير هذه الحالة (لما ذكرنا) من أنه شرط في معنى العلة فصار كشهادتهم على زناه إذا كان المقصود تكيل العقوبة ولزم من أصله هذا هو أنه شرط في معنى العلة أنه إذا رجع شهود الإحصان يضمنون عنده وعندنا لا يضمنون إذا كان علامة محضة (ولنا) في نفي أنه في معنى العلة (أن الإحصان) ليس إلا (عبارة عن خصال جيدة) بعضها غير داخل تحت قدرته كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالإسلام وبعضها مندوب إليه كالنكاح الصحيح والدخول فيه فلا يتصور كونها سببا للعقوبة ولا سببا لسببها فإن سببها المعصية والإحصان بحسب الوضع مانع من سبب العقوبة لأنه سبب لصد سببها وهو الطاعة والشكر فيستحيل أن تكون في معنى علة الحكم وهو مانع لسببه فالسبب ليس إلا الزنا لأنه مختلف الحكم في حال الإحصان حكمه الرجم وفي غيره الجلد فكان الإحصان السابق على الزنا معترفا لخصوص الحكم الثابت بالزنا أعني خصوص العقوبة والعلامة المحضة قط لا يكون لها تأثير فلا تكون علة ولا في معناها فكيف يضاف الحكم إليها وظهر أن الواقع أن الإحصان يثبت معه بالزنا عقوبة غليظة وبالشهادة يظهر ما ثبت بالزنا عند الحاكم فلما لم يكن سببا للعقوبة ولا علة جاز أن يدخل في اثباته شهادة النساء كما لو شهد تامة مع الرجل بالنكاح في غير هذه الحالة والدخول في غرض آخر كتمكيل المهر حتى يثبت أصله ثم اتفق أنه شهد عليه بالزنا ليس أنه يرحم كذا إذا شهد تامة بظهور الزنا به فكما يثبت قبله لعدم كونه سببا كذا بعده وصار كما لو علق عتق عبده بظهور دين لفلان عليه فشهداثنان بالدين عتق العبد ولا يضاف العتق إلى الشهادة بالدين بل إلى المعلق كذا هنا لا يضاف الرجم بعد الشهادة بالإحصان إلى هذه الشهادة بل إلى الزنا (بخلاف ما ذكرنا لأن العتق يثبت بشهادة الذميين) على الذي بشهادتهما عليه بالاتفاق (وأنما لا يعتق بسبق التاريخ لأنه يشكره) العبد (المسلم أو ينضربه) فلا تنفذ شهادتهما عليه لأنه تغليظ العقوبة عليه فتصير مائة بعد أن كانت خمسين واستشكل كونه ليس في معنى العلة للعبد لأنه لو أقر بالإحصان ثم رجع عنه صرح رجوعه كالزنا ولذا تقبل بينة الإحصان حسبة بلا دعوى فيجب أن يشترط في الشهادة به الذكورة كالزكية عند أبي حنيفة أجيب بأن صحة الرجوع لا تتوقف على كون المقر به علة للعقوبة بل على كون المقر به لا مكذب له فيه إذا رجع عنه ولا مكذب له في سبب الحد بخلاف الإقرار بالدين فإن المقر له يكذب في رجوعه وإنما صححت الحسبة فيه لأنه من أظهار حق الله تعالى والمانع من شهادة النساء ليس هذا القدر بل كونه سببا لأصل العقوبة حين ثبتت العقوبة بشهادة الرجال بسببها كان كالشهادة على عتق الأمة تسمع بلا

(٣٣ - فتح القدير رابع) لا يثبت سبق التاريخ (لأنه) تاريخ (يشكره المسلم أو ينضربه) من حيث إقامة العقوبة الكاملة عليه وما يشكره المسلم أو ينضربه لا يثبت بشهادة أهل الذمة فلو قلنا يجوز هذه الشهادة كان ذلك قولنا يجوز شهادة الكافر على المسلم وقوله (فإن رجع شهود الإحصان لا يضمنون) أحد الأمرين المترين على الأصل الذي ذكرناه من قبل والله أعلم

﴿باب حد الشرب﴾

انما أخرج حد الشرب عن حد الزنا لان جريمة الزنا أشد من جريمة شرب الخمر فانه بمنزلة قتل النفس فان الله تعالى قرن ذكره بعبادة الاصنام وقتل النفس حيث قال تعالى (١٧٨) والذين لا يدعون مع الله الها آخرون لا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون

﴿باب حد الشرب﴾

(ومن شرب الخمر فأخذور بحمها موجد أو جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فله الحد

دعوى عند أبي حنيفة لتضمنه تحريم الفرج ﴿فروع من المبسوط﴾ شهد أربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان فشهد رجلان أنه تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها يثبت الاحصان فيرجم وعند محمد لا يثبت فلا يرجم كالوشم - إذا قر بها أو أتاها فهذا ليس بصريح وهذا لان الدخول يراد به الجماع ويراد به الخلوة ولا يثبت الاحصان بالشك ولهما أن الدخول يراد به الجماع عرفا مستمرا حتى صار يتبادر مع النكاح والتزويج والنساء قال الله تعالى من نسائككم الذي دخلتم من فلا اجال فيه عرفا فكانت كسهادتهم على الجماع ولو شهد أربعة على الزنا فلا نة وأربعة غيرهم شهدوا به بامرأة أخرى فرجم فرجع الفريقان ضمنوا دية إجماعا وحدوا القذف عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يحدون لان رجوع كل فريق معتبر في حقهم لافي حق غيرهم فصافي حق كل فريق كأن الفريق الآخر ثابت على الشهادة ولهما أن كل فريق أقر على نفسه بالتزام حد القذف لان كل فريق يقول انه عفيف قتل ظلما وانهم قد ذفوا بغير حق ولو شهد أربعة على رجل بالزنا فأقر مرة به حد عند محمد لان البيئة وقعت معتبرة فلا تبطل الا باقرار معتبر والاقرار مرة هنا كالعدم وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يحد وهو الاصح لان شرط قبول البيئة انكار الخصم وهو مقر ولا حكم لاقراره فبطل الحد ولان الاقرار وانفسد حكما قصوره فاعلة فيورث شبهة

﴿باب حد الشرب﴾

قدم حد الزنا عليه لان سببه أعظم جرما ولذا كان حده أشد وأخر عنه حد الشرب لتيقن سببه بخلاف حد القذف لان سببه وهو القذف قد يكون صدقا وأخر حد السرقة وان كان أشد لان شرعته لصيانة أموال الناس وصيانة الانساب والعقل آكد من صيانة المال بني أنه أخره عن حد القذف لان المال دون العرض فانه جعل وقاية للنفس عن كل ما تنكره (قوله ومن شرب الخمر فأخذ) أي الى الحاكم (وربما موجد) وهو غير سكران منها ويعرف كونه يحد اذا كان سكران بطريق الدلالة (أو سكران) أي جاؤا به اليه وهو سكران من غير الخمر من النبيذ (فشهد الشهود عليه بذلك) أي بالشرب في الاول وهو عدم السكر منها وفي الثاني وهو السكر من غيرها (فانه يحد) والشهادة بكل منهما مقيدة بوجود الائمة فلا يدمع شهادتهم ما بالشرب أن يثبت عند الحاكم أن الرمي قائم حال الشهادة وهو بأن يشهدا به وبالشرب أو يشهدا بالشرب فقط فبأمر القاضي باستنكاهه فيستنكده ويخبره بأن ربيهما موجد وأما اذا جاؤا به من بعيد فزال الائمة فلا يد أن يشهدا بالشرب ويقولوا أخذناه وربهما موجد لان مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم أخذوه في حال قيام الائمة فيحتاجون الى ذكر ذلك للحاكم خصوصا بعد

ولهذا لم يحصل في دين من الاديان وأخرج حد القذف عن حد الشرب لما أن جريمة الشرب متيقن بها بخلاف جريمة القذف فان القذف خبير محتمل بين الصدق والكذب ولهذا كان ضرب حد القذف أخف من ضرب حد الشرب لضعف في ثبوت القذف لجواز أن يكون صادقا في نسبه الى الزنا فلا يكون قذفا (ومن شرب الخمر فأخذور بحمها موجد أو جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه) أي على الشارب (بذلك) أي بشرب الخمر ووجود الائمة من باب قسوله تعالى عوان بين ذلك (أو شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سكران فعليه الحد) وظاهره يقتضي أن لا تشترط الائمة بعد ما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر ولكن الروايات في الشروح مقيدة بوجود الائمة في حق وجوب الحد على شارب الخمر عند أبي حنيفة وأبي يوسف سواء ثبت وجوب الحد بالشهادة أو بالاقرار

ما

﴿باب حد الشرب﴾

(قال المصنف ومن شرب الخمر فأخذور بحمها موجد) أقول حين الأخذ ولا تمس الحاجة الى وجوده عند الحضور الى مجلس القاضي كما سئل عن قريب (قال المصنف أو جاؤا به سكران) أقول الباء للتعدي (قوله ووجود الائمة من باب قوله تعالى الخ) أقول وسيجيء نظيره في أوائل باب حد القذف

وكذلك إذا فرور بجها موجود) لان جنابة الشرب قد ظهرت ولم يتقدم العهد والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه (وان أقر بعد ذهاب رايحتهم لم يجد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد بن محمد) وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب رايحتهم والسكر لم يجد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد بن محمد فالتقدم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه مقتدر بالزمان عنده اعتبار الجحد الزنا وهذا لان التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل يقولون لي إنك شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا وعندهما بقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه

ما جانا كونه سكران من غير الخمر فان ربح الخمر لا توجد من السكران من غيرها ولكن المراد هذا لان الحد لا يجب عند أبي حنيفة وأبي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فالمراد الثاني أن يشهدوا بأنه سكر من غيرهما مع وجود رائحة ذلك المسكر الذي هو غير الخمر (وكذلك) عليه الحد (إذا فرور بجها موجود لان جنابة الشرب قد ظهرت) بالبينه والاقرار (ولم يتقدم العهد والاصل في ثبوت حد الشرب قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه) الى أن قال فان عاد الرابعة فاقتلوه أخرجه أصحاب السنن الا النسائي من حديث معاوية وروى من حديث أبي هريرة إذا سكر فاجلدوه ثم ان سكر الخ قال الترمذي سمعت محمد بن اسمعيل يقول حديث أبي صالح عن معاوية أصح من حديث أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه وصححه الذهبي ورواه الحاكم في المستدرک وابن حبان في صحيحه والنسائي في سننه الكبرى ثم نسخ القتل أخرجه النسائي في سننه الكبرى عن محمد بن اسحق عن محمد بن المنكدر عن جابر مرفوعا من شرب الخمر فاجلدوه الخ قال ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر في الرابعة فجلده ولم يقتله وزاد في لفظ فرأى المسلمون أن الحد قد وقع وان القتل قد ارتفع ورواه البزار في مسنده عن ابن اسحق به أنه عليه الصلاة والسلام أتى بالنعمان قد شرب الخمر ثلاثا فأمر به فضرب فلما كان في الرابعة أمر به فجلد الحد فكان نسخا وروى أبو داود في سننه قال حدثنا أحمد بن عبد الله الضبي حدثنا سفيان قال الزهري أنبأنا قبيصة بن ذؤيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد في الثالثة أو الرابعة فاقتلوه فأتى برجل قد شرب فجلده ثم أتى به فجلده ثم أتى به فجلده ورفع القتل وكانت رخصة وقال سفيان حدث الزهري بهذا الحديث وعنده منصور بن المعتمر ومخول بن راشد فقال لهما كونا وافدي أهل العراق بهذا الحديث اه وقبيصة في صحبته خلاف واثبات النسخ بهذا أحسن مما أثبته المصنف في كتاب الأشربة من قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الحديث فانه موقوف على ثبوت التاريخ نعم يمكن أن يوجه بالنسخ الاجتهاد أي تعارض في القتل فرج النافي له فيلزم الحكم بنسخه فان هذا لازم في كل ترجيح عند التعارض (قوله وان أقر بعد ذهاب رايحتهم لم يجد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد بن محمد) وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب رايحتهم والسكر من غيرها (لم يجد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد بن محمد) فالتقدم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه (أي هذا التقدم) مقتدر بالزمان عند محمد اعتبارا بجحد الزنا) أنه سنة أشهر أو مفوض الى رأى القاضى أو بشهر وهو المختار (وهذا لان التأخير يتحقق بمضي الزمان) بلا شك (بخلاف الرائحة لانها قد تكون من غيره كما قيل يقولون لي إنك شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا)

وانك بوزن امنع ونك من بانه أي أظهر رائحة فيه وقال الآخر سفرجلة تحكي ثدي النواهد * لها عرف ذى فسق وصفرة زاهد

فان عاد فاجلدوه) قبل تمام الحديث فان عاد فاقتلوه وهو من ترك العمل به فليكن الباقي كذلك وأجيب بأنه ترك العمل بذلك لمعارض وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث وليس شرب الخمر منها فبقي الباقي معسولا به لعدم المعارض وقوله (فان أقر بعد ذهاب رايحتهم) واضح وقوله (غير أنه مقتدر بالزمان عنده) أي عند محمد وهو الشهر (اعتبارا بجحد الزنا) وقوله (وهذا) يعنى تقدير الزمان وعدم اعتبار الرائحة (لان التأخير يتحقق بمضي الزمان) فلا بد من تقدير زمان وأما أن ذلك ستة أشهر أو شهر واحد فيه لم في موضع آخر (وأما عدم اعتبار الرائحة فلانها محتملة أن تكون من غيرها كما قيل يقولون لي إنك قد شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا) وهذه الرواية وهي رواية المطرزي بكامة قد وقد روى بدونها وهي رواية الفقهاء فعلى الاولى تسقط همزة الوصل من انك في اللفظ وعلى الثانية فمحرك بالكسر لضرورة الشعر والمدامة بمعنى المدام وهو الخمر (وعندهما بقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه)

ولان قيام الاثر من أقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتميز بين
الروائح ممكن للمستدل وانما اشتباه على الجهال وأما الاقرار بالتقدم لا يبطله عند محمد كافي حد الزنا

فظهر أن رائحة الخمر مما تلطس بغيرها فلا ينافي من الاحكام بوجودها ولا يذهبها ولو سلمنا أنها
لا تلطس على ذوى المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها لان المعقول تقييد قبولها بعدم
التهمة والتهمة لا تحقق في الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تأخير الاداء تأخير ابعاد
تفريطا وذلك منتف في تأخير يوم ونحوه وبه تذهب الرائحة أجاب المصنف وغيره بما حاصله أن اشتراط
قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قول ابن مسعود وهو ما روى عبد الرزاق حد ثنا سفيان الثوري عن
يحيى بن عبد الله التميمي الجابر عن أبي ماجد الحنفي قال جاء رجل بابن أخ له سكران الى عبد الله بن
مسعود فقال عبد الله ترزوم من مزوم واستكهموه ففعلا وافرعه الى السجن ثم عاد به من الغدود عابسوط
ثم أمر به فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت درة ثم قال للجلاد اجلدوا رجلا يدك وأعط كل عضو حقه
ومن طريق عبد الرزاق روى الطبراني ورواه اسحق بن راهويه أخبرنا جابر عن عبد الحميد عن يحيى بن
عبد الله الجابريه ودفع بأن محل النزاع كون الشهادة لا يعمل بها الا مع قيام الرائحة والحديث المذكور
عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها لعدم الرائحة وقت ادائها بل ولاقرار انما فيه أنه حده
بظهور الرائحة بالترثرة والمزمنة والمزمنة التحريك بعنف والترثرة والتلته التحريك وهما بتاين
مشتاتين من فوق قال ذو الرمة يصف بعيرا

بعيد مساف الخطو غوج شمردل * تقطع أنفاس المهارى ثلاثه

أى حركاته والمساف جمع مسافة والغوج بالغين المجمة الواسع الصدر ومعنى تقطيع ثلاثه أنفاس
المهارى أنه اذا بارها في السيرة أظهر في أنفاسها الضيق والتتابع لما يبجدها وانما فعله لان التحريك
تظهر الرائحة من المعدة التي كانت خفية وكان ذلك مذهبه ويدل عليه ما في الصحيحين عن ابن
مسعود أنه قرأ سورة يوسف فقال رجل ما هكذا أنزلت فقال عبد الله والله لقد قرأناها على رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال أحسنت فيينا هو يكلمه اذ وجد منه رائحة الخمر فقال أشرب الخمر وتكذب بالكتاب
فضربه الحد وأخرج الدارقطني بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب أنه ضرب رجلا
وجد منه ريح الخمر وفي لفظ ربح شراب والخاصل أن حده عند وجود الريح مع عدم البينة والاقرار
لا يستلزم اشتراط الرائحة مع أحدهما ثم هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وقول الشافعي ورواية
عن أحمد والاصح عن الشافعي وأكثر أهل العلم نفيه وما ذكرناه عن عمر يعارض ما ذكر عنه أنه
عز من وجد منه الرائحة وبتريح لانه أصح وان قال ابن المنذر ثبت عن عمر أنه جلد من وجد منه ريح
الخمر حدانا ما وقد استبعد بعض أهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى وهو أن الاصل في الحدود
اذا جاء صاحبها مقرا أن يرد أو يدرأ ما استطاع فكيف بأمر ابن مسعود بالمرثرة عند عدم الرائحة لظهور
الريح فيجده فان صح قناؤله أنه كان رجلا مواعيا بالشراب مدهمنا عليه فاستجاز ذلك فيه وأما قوله (ولان
قيام الرائحة من أقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار القرب) ثم
أجاب عما يتوهم من أن الرائحة مشبهة بقوله (والتميز بين الروائح ممكن للمستدل وانما اشتباه على الجهال)
فليس بعيد لان كون ادليلا على القرب لا يستلزم انحصار القرب فيها يلزم من انتفاء ثبوت البعد
والنقد لان القرب يتحقق بصور كثيرة لا بصورة واحدة هي عند قيام الرائحة لان ذلك عين المتنازع
فيه وهو المانع فقوله بعده وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره ان أراد ان اعتبار القرب
بالرائحة فهو محل النزاع فقول محمد هو الصحيح (قوله وأما الاقرار بالتقدم لا يبطله عند محمد كافي حد الزنا)

(ولان) المعبر في ذلك القرب
(و قيام الاثر) وهو الرائحة
(من أقوى الدلائل على
القرب) وقوله (وانما
يصار الى التقدير بالزمان)
جواب عن الاعتبار بالزمان
أى انما يصار الى التقدير
بالزمان عند تعذر اعتبار
الاثر وقوله (والتميز بين
الروائح ممكن للمستدل)
جواب عن قوله والرائحة
قد تكون من غيره هذا
بالنسبة الى الاثبات بالبينة
(وأما الاقرار بالتقدم
لا يبطله عند محمد كافي حد
الزنا)

على ما مر تقريره) أن الانسان لا يكون منهم ما بالنسبة الى نفسه (وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا) يعني قوله فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وفيه نظر لان الاجماع انه قد على ثبوت حد الشرب بانفاق ابن مسعود ولكن لا دليل على أن الشرط الذي شرطه ابن مسعود وهو قيام الرائحة أجمع عليه الباقيون وأيضا كلام ابن مسعود شرطية والشرطية تقيدها بالوجود عند الوجود لا غير وجواب الامام فخر الاسلام بان العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط بل من انتفاء المجمع عليه مدفوع بما ذكرنا أولا وأيضاً ذكر في أول الباب أنه ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وقال ههنا إنه ثابت باجماع الصحابة وهما متنافيان وأيضاً اشتراط الرائحة مناف لاطلاق قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه وقوله (وريجها تو جدمه) ظاهر قال (ومن سكر من النبيذ حد) النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر وما يتخذ من الزبيب شيئاً نقيع ونبيذ فالنقيع أن ينقع الزبيب في الماء ويترك أياماً (١٨١) حتى يخرج حلاوته الى الماء ثم يطبخ أدنى طبخ فمادام حلوا

بمحلول شرابه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحسرم وأما النبيذ فهو الذي من ماء الزبيب اذا طبخ أدنى طبخ يحل شرابه مادام حلوا فاذا غلا واشتد وقذف بالزبد على قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف الا تحل شرابه مادون السكر وعند محمد والشافعي لا يحل شرابه وما يتخذ من التمر ثلاثة السكر والفضج والنبيذ فالنبيذ هو ما التمر اذا طبخ أدنى طبخ يحل شرابه في قواهم مادام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف يحل شرابه للتداوي والتقوى الا القدح المسكر وقال محمد والشافعي لا يحل واختلفوا في وجوب الحد وسيجيء ببيان في الاشرية وأما

على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا (فان أخذه الشهود ووريجها تو جدمه أو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد في قواهم جميعاً) لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يهتم في مثله (ومن سكر من النبيذ حد) لما روي أن عرقاً قام الحد على أعرابي سكر من النبيذ وسنين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى

لا يبطل الاقرار بالتقادم انفاً (على ما مر تقريره) من أن البطلان للثمة والانسان لا يهتم على نفسه (وعندهما لا يقام الحد) على المقر بالشرب (الا) اذا أقر (عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة) رضى الله عنهم (ولا اجماع الا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا) بمعنى أنه لا يقل بالحد الا اذا كان مع الرائحة فيبقى انتفاؤه في غيرها بالاصل لا مضافاً الى لفظ الشرط وأما اضافة ثبوته الى الاجماع بعد قوله والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام الخ فقبل لانه من الاحاد وعنده لا يثبت الحد والاجماع قطعي ولا يخفى أن هذا مذهب الكرخي فأما قول الجصاص وهو قول أبي يوسف فثبت الحد بالاحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة وهو المرجح فان كان المصنف يرى أنه لا يثبت به أشكل عليه جعله اياه أولاً الاصل وان لم يره أشكل نسبة الاثبات الى الاجماع وأنت علمت أنه انما ألزم قيامها عند الحد بلا اقرار ولا بينة كما هو ظاهر ما قدمناه فان ادعى ان ذلك كان مع اقراره فليبين في الرواية وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال هذا أعظم عندي من القول أن يبطل الحد بالاقرار وأنا أقيم عليه الحد وان جاء بعد أربعين عاماً (قوله) فان أخذه الشهود ووريجها تو جدمه أو سكران) من غير هاوريج ذلك الشراب يوجد منه (وذهبوا به الى مصر فيه الامام) أو مكان بعيد (فانقطع ذلك) أي الريح (قبل أن ينتهوا به) اليه (حد في قولهم جميعاً) لان التأخير الى انقطاعها العذر بعد المسافة فلا يهتم في هذا التأخير والاصل ان قوما شهدوا عند عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمله الى المدينة فأقام عليه الحد (قوله) ومن سكر من النبيذ حد) فالحد انما يتعلق في غير الخمر من الانبذة بالسكر وفي الخمر بشرب قطرة واحدة وعند الاثمة الثلاثة كل ما سكر كثيره حرم قليله وحده لقوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر رواء

الكلام في حد السكر ومقدار حده فسيذكر ان شاء الله تعالى

(قوله) ولكن لا دليل على أن الشرط الذي شرطه ابن مسعود (أقول شرط ابن مسعود قيام الرائحة ولم ينقل عن غيره خلافاً) محل الاجماع ويقرب منه ما ذكرنا في باب الشهادة على الشهادة في وجه الاستدلال بما روي عن علي رضي الله عنه على كفاية الاثنى في الشهادة على شهادة رجلين عندنا فراجع (قوله) وأيضاً ذكر في أول الباب الخ) أقول ذكره في أول الباب ليس الا لكونه سند الاجماع الذي يثبت به الحد لا لكونه مما يثبت به الحد ابتداءً فانه لما تمكنت فيه الشبهة بالتحصيل لم يجز ايجاب الحد به وقوله والاصل فيه لا يبعد أن يكون منها على ما ذكرنا فليتنبه (قوله) وأيضاً اشتراط الرائحة مناف لاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه) أقول وجوابه انه خص منه الشرب اضطراراً وكرهاً فتمكنت فيه الشبهة فلا يصح ايجاب الحد به كذا في الكافي ويجوز أن يقال أيضاً لما خص منه ما ذكرنا يجوز أن يخص ما زال رائحته بالقياس

مسلم فهذا ان مطاوعان وبسته دلون تارة بالقياس وتارة بالسماع أما السماع فتارة بالاستدلال على أن اسم الخمر لغة لكل ما خمر العقل وتارة بتفسير ذلك فمن الاول ما في الصحيحين من حديث ابن عمر نزل تحريم الخمر وهي من خمسة العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير وما في مسلم عنه عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وفي رواية أحمد وابن حبان في صحيحه وعبد الرزاق وكل خمر حرام وأما ما يقال من أن ابن معين طعن في هذا الحديث فلم يوجد في شيء من كتب الحديث وكيف به بذلك وقد روى الجماعة الا البخاري عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنب وفي الصحيحين من حديث أنس كنت ساقى القوم يوم حرمت الخمر وما شربهم الا الفضخ البسر والتمر وفي صحيح البخاري قول عمر رضي الله عنه الخمر ما خمر العقل واذا ثبت عموم الاسم ثبت تحريم هذه الاشربة بنص القرآن ووجوب الحد بالحديث الموجب ثبوته في الخمر لانه مسمى الخمر لكن هذه كلها محمولة على التشبيه بحذف أداته فكل مسكر خمر كزيد أسد أي في حكمه وكذا الخمر من هاتين أو من خمسة هو على الادعاء حين اتحد حكمها بما جازت تنزيلها منزلة في الاستعمال ومثله كثير في الاستعمالات اللغوية والعرفية تقول السلطان هو فلان اذا كان فلان نافذ الكلمة عند السلطان ويعمل بكلامه أي المحرم لم يقتصر على ماء العنب بل كل ما كان مثله من كذا وكذا فهو هو لا يراد الا الحكم ثم لا يلزم في التشبيه عموم وجهه في كل صفة فلا يلزم من هذه الاحاديث ثبوت الحد بالاشربة التي هي غير الخمر بل يصح الحمل المذكور فيها ثبوت حرمتها في الجملة إما قليلها وكثيرها أو كثيرها المسكر منها وكون التشبيه خلاف الاصل يجب المصير اليه عند الدليل عليه وهو أن الثابت في اللغة (١) من تفسير الخمر بالنى من ماء العنب اذا اشتد وهذا لا يشك فيه من تنبوع مواقع استعمالهم ولقد يطول الكلام بإيراده ويدل على ان الحمل المذكور على الخمر بطريق التشبيه قول ابن عمر رضي الله عنهما حرمت الخمر وما بالمدنية منها أي أخرجه البخاري في الصحيح ومعلوم أنه انما أراد ماء العنب لثبوت أنه كان بالمدنية غيرها لما ثبت من قول أنس ومائراهم يومئذ أي يوم حرمت الا الفضخ البسر والتمر فعرف أن ما أطلق هو وغيره من الحمل لغيرها عليه وهو كان على وجه التشبيه وأما الاستدلال بغير عموم الاسم لغة فمن ذلك ما روى أبو داود والترمذي من حديث عائشة عنه عليه الصلاة والسلام كل مسكر حرام وما أسكر الفرق منه فل والكف منه حرام وفي لفظ للترمذي فالحسوة منه حرام قال الترمذي حديث حسن ورواه ابن حبان في صحيحه وأجود حديث في هذا الباب حديث سعد بن أبي وقاص أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قليل ما أسكر كثيره أخرجه النسائي وابن حبان قال المنذرى لانه من حديث محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي وهو أحد الثقات عن الوليد بن كثير وقد احتج به الشيخان عن الضحاك بن عثمان وقد احتج به مسلم عن بكير بن عبد الله بن الانج عن عامر بن سعد بن أبي وقاص وقد احتج بهما الشيخان وحينئذ جوابهم بعدم ثبوت هذه غير صحيح وكذا حمله على ما به حصل السكر وهو القدر الحار لان صريح هذه الروايات القليل وما أسند الى ابن مسعود كل مسكر حرام قال هي الشربة التي أسكرتك أخرجه الدارقطني ضعيف فيه الحجاج بن أرطاة وعمار بن مطر قال وانما هو من قول ابراهيم يعني النخعي وأسند الى ابن المبارك أنه ذكره حديث ابن مسعود هذا فقال حديث باطل على أنه لو حسن عارضه ما نقسدهم من المرفوعات الصريحة الصحيحة في تحريم قليل ما أسكر كثيره ولو عارضه كان المحرم مقدما وما روى عن ابن عباس من قوله حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب فانه لم يسلم نعم هو من طريق جيدة هي عن أبي عون عن ابن شداد عن ابن عباس حرمت الخمر بعينها والمسكر من كل شراب وفي لفظ وما أسكر من كل شراب قال وهذا أولى بالصواب من حديث ابن شبرمة فهذا انما فيه تحريم الشراب المسكر واذا كانت طريقه أقوى وجب أن يكون هو المعنى ولفظ السكر

(١) من تفسير هكذا في النسخ ولعل لفظ من زائد من الناسخ كما هو ظاهر كذا بهامش نسخة العلامة البخاري كتبه مصححه

لضعيف ثم لو ثبت ترجيح المنع السابق عليه بل هذا الترجيح في حق ثبوت الحرمة ولا يستلزم ثبوت الحرمة ثبوت الحد بالقليل الا بسماع أو بقياس فهم قيسونه بجماع كونه مسكرا ولا يصح بانفيه منع خصوصاً وعموماً أما خصوصاً فنقول أن حرمة الخمر معللة بالاسكار وذكروا عنه عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر بعينها والسكر الخ وفيه ما علمت ثم قوله بعينها ليس معناه أن علة الحرمة عينها بل أن عينها حرمت ولذا قال في الحديث قليلها وكثيرها والرواية المعروفة فيه بالباء لا باللام ولو كان المراد ما ذكرنا وهذا هو مراد المصنف بما ذكر في الاشارة من نفي تعليلها بالاسكار لانه لم يذكره الا لتفي ان حرمتها مقيدة باسكارها أي لو كانت العلة الاسكار لم يثبت تحريم حتى تثبت العلة وهي الاسكار أو مظنته من الكثير لأن حرمتها ليست معللة أصلاً بل هي معللة بأنه رفيق ملذم مطرب يدعو قليله الى كثيره وان كان القدوري مصر على منع التعليل أصلاً ونقض رحمه الله هذه العلة بأن الطعام الذي يضر كثيره لا يحرم قليله وان كان يدعو الى كثيره لكن المصنف ذكر في كتاب الاشارة ما يفيد ما ذكرنا فانه قال في جواب الحاق الشافعي حرمة المثلث الغني بالخمر وانما يحرم قليله لانه يدعو الى كثيره لرقته ولطافته والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء ولا يخفى بعد هذا أن اعتبار دعاية القليل الى الكثير في الحرمة ليس الا لحرمة السكر في التحقيق الاسكار هو المحرم بابلغ الوجوه لانه الموقع للعداوة والبغضاء والصدع عن ذكر الله وعن الصلاة واتيان المفاسد من القتل وغيره كما أشار النص الى علمتها ولكن على تقدير ثبوت الحرمة بالقياس لا يثبت الحد لان الحد لا يثبت بالقياس عندهم وهو ما ذكرنا من المنع على العموم وإذن فلم يثبت الحد بمجرد الشرب من غير الخمر ولكن ثبت بالسكر منه باحاديث منها ما قدمناه من حديث أبي هريرة فاذا سكر فاجلدوه والحديث فلو ثبت به حل ما لم يسكر لكان عفووم الشرط وهو منتف عنددهم فوجب له ليس الا ثبوت الحد بالسكر ثم يجب أن يحمل على السكر من غير الخمر لان جملة على الاعم من الخمر ينفي فائدة التقييد بالسكر لان في الخمر يحد بالقليل منها بل يوههم عدم التقييد بغيرها أنه لا يحد منها حتى يسكر واذا وجب جملة على غيرها صار الحد منتفياً عند عدم السكر به بالاصل حتى يثبت ما يخرج به عنه ومنها ما روى الدارقطني في سننه أن اعرابياً شرب من اداة عمر بن عبد الله فسكر به فاحرقه فقال الاعرابي انما شربته من اداة عمر بن عبد الله فقال عمر انما جلدناك على السكر وهو ضعيف بسعيد بن ذي العروة ضعف وفيه جهالة وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن حسان بن محارق قال بلغني أن عمر بن الخطاب سار رجلاً في سفر وكان صائماً فلما أفطر أهوى الى قرية لعمر معلقة فيها نبيذ فشربه فسكر فضر به عمر الحد فقال انما شربته من فربنك فقال له عمر انما جلدناك اسكرك وفيه بلاغ وهو عندى انقطاع وأخرج الدارقطني عن (١) عمران بن داود عن خالد بن دينار عن أبي اسحق عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى رجلاً قد سكر من نبيذ تمر جلدته وعمران بن داود بفتح الواو وفيه مقال وروى الدارقطني في سننه عن وكيع عن شريك عن فراس عن الشعبي أن رجلاً شرب من اداة على رضى الله عنه بصفين فسكر فضر به الحد ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن مجالد عن الشعبي عن علي بنحوه وقال فضر به ثمانين وروى ابن أبي شيبة حدثنا عبد الله بن غير عن حجاج عن أبي عون عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس قال في السكر من النبيذ ثمانون فهذه وان ضعف بعضها فتعدد الطرق ترفيقه الى الحسن مع أن الاجماع على الحد بالكثير فان الخلاف انما هو في الحد بالقليل غير أن هذه الأدلة كما ترى لا تفصل بين نبيذ ونبيذ والمصنف قيد وجوب الحد بقوله (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً ولان السكر من المباح لا يوجب الحد) فقد ذكرنا أن ما يتخذ من الجيوب كلها والعسل يحمل شربه عند أبي حنيفة يعني اذا شرب منها من غير لهو ولا طرب فلا يحد بالسكر منها عنده ولا يبع طلاقه اذا طلق وهو سكران منها كالتائم الآن المصنف

(١) عمران بن داود هكذا هو في بعض النسخ داود بالالف قبل الواو المفتوحة ومثله في خلاصة أسماء الرجال وما وقع في بعض النسخ من تقديم الواو على الالف تحريف فليعلم كنهه مصنفه

وقوله (ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو ثيابها) يعني إذا لم يشاهد منه الشرب (لان الرائحة محتملة) فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله وهو قوله والتميز بين الروائح ممكن للمستدل أجيب بأن الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتميز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء أو التميز يمكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه وأقول والجواب الثاني أحسن لاشتماله على تفسير المستدل فانه يدل على أن المستدل (١٨٤) هو من معه دليل وهو معاينة الشرب والجاهل هو من ليس معه ذلك ويجوز

أن يكون قوله لان الرائحة محتملة على مذهب محمد وقوله (وكذا الشرب قد يقع عن اكرام أو اضطرار) على قولهما (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرمال) والذي ذكره من اباحه البنج موافق لعامة الكتب خلا رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي فانه استدلال على حرمة الاشربة المتخذة من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والعسل وغيرها وقال السكر من هذه الاشربة حرام بالاجماع لان السكر من البنج حرام مع أنه ما كول فسن المشروب أولى كذا ذكره صاحب النهاية وليس يصحح لان رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي تدل على أن السكر الحاصل من البنج حرام لا على أن البنج حرام

(قوله فان قيل الخ) أقول السؤال مع الجواب في النهاية (قوله والتميز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء)

(ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو ثيابها) لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكرام أو اضطرار (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النيذ وشربه طوعا) لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرمال وكذا شرب المكره لا يوجب الحد

في كتاب الاشربة قال وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قبل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح أنه يحد فانه روى عن محمد بن سكر من الاشربة أنه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا اه وهو قول محمد فقد صرح بان اطلاق قوله هنالان السكر من المباح لا يوجب حدا غير المختار ورواية عبد العزيز بن عن أبي حنيفة وسفيان أنهم ماسئلا في شرب البنج فارتفع الى رأسه وطلق امرأته هل يقع فالان كان بعلمه حين شربه ما هو يقع (قوله ولا حد على من وجد به ريح الخمر أو ثيابها لان الرائحة محتملة) فلا يثبت بالاحتمال ما يندرج بالشبهات (وكذا الشرب قد يكون عن اكرام) فوجود عينها في التي لا يدل على الطوعية فلو وجب الحد وجب بلا موجب وأورد عليه أنه قال من قريب والتميز بين الروائح ممكن للمستدل فقطع الاحتمال وهنا عكس قال الموردين وكلف بعضهم في توجيهه يريد به صاحب النهاية بان الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتميز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء قال ولقائل أن يقول اذا كان التميز يحصل بالاستدلال فاذا استدلال على الوجه المذكور في هذه الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة فينبغي أن يحد حينئذ ولم يقل به أحد ونقل أيضا عنه أن التميز لمن يعاينه ونظر فيه بان من عاين الشرب ينبغي على يقين لا على استدلال وتخمين وصاحب الهداية أثبت التميز في صورة الاستدلال لافي صورة العيان اه فبقى الاشكال بحاله ولا يخفى ان المراد معاينة الشرب والاستدلال لا ينافيه لان المشروب جاز كونه غير الخمر فيستدل على أنه خمر بالرائحة فكون المصنف جعل التميز بفيده الاستدلال لا ينافي حالة العيان أي عيان الشرب ثم لا شك ان كون الشيء محتملا لا ينافي أن يستدل عليه بقرائن بحيث يحكم به مع شبهة ما فلا ملازمة بين الاحتمال وعدم الاستدلال عليه بل جاز أن يثبت الاستدلال مع ثبوت ضرب من الاحتمال فلا يصح قوله انه قطع الاحتمال حيث ذكر انه يمكن التميز بالاستدلال ولا شك أن المنذور اليه والمقصود في الموضوعين ثبوت طريق الدرة أما الموضوع الثاني وهو عدم الحد بوجود الرائحة والتقيؤ وظاهر وطريقه أنه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه لان الرائحة محتملة وان استدلال عليها فان فيها مع الدليل شبهة قوية فلا يثبت الحد معها وأما في الموضوع الاول فلا شك ان في اثبات اشتراط عدم التقادم لقبول البيئة والاقرار دأ كثيرا واسعا ولا يمكن اثبات هذا الطريق الكاش للدره الا باعتبار اماكن تميز رائحة الخمر من غيرها فحكم باعتبار التميز بالاجتهاد في الاستدلال وان كان ملزوما للشبهة النفي ليمكن من تحصيل هذا الطريق الواسع للدره لانه لو لم يعتبر التميز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والاقرار معمولاً بهما في أزمنة كثيرة متاخرة فلا رائحة فيقام بذلك ما لا يحصى من الحدود وحين اشترط ذلك وضحت طريقة مع الشبهة والاحتمال فظهر ان كلامي في موضعه قدره الحد في مجرد الرائحة والتي لا احتمال وردت الشهادة بل رائحة اذا

أقول وليس الاستقصاء ما موراه في الحدود وما اذا شهدوا على الشرب فيجوز الاستقصاء صونا للبيعة الشرعية عن البطلان كما سبق نظيره في باب الشهادة على الزنا وكذا الحال في الاقرار وبه حصل الجواب عما أورده الاتقاني (قوله وأقول والجواب الثاني أحسن الى قوله على مذهب محمد) أقول فيه رد على الاتقاني (قال المصنف لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرمال) أقول سيجي من المصنف في كتاب الاشربة ان الاصح أنه يحد فيما يتخذ من الحبوب والعسل

(ولا يحسد حتى يزول عنه السكر) تحصيل المقصود الانزجار (وحد الخمر والسكر في الحر عثمانون سوطا) لاجماع الصحابة رضي الله عنهم

لا يمكن التمييز الا مع الاحتمال (قوله ولا يحسد) السكران (حتى يزول عنه السكر تحصيل المقصود الانزجار) وهذا باجماع الائمة الاربعة لان غيبوبة العقل وغلبة الطرب والشرح يخفف الالم حتى يحكي الى ان بعض المنصابين استدعوا انسانا يضحكوا عليه به اخلاط ثقيلة لدرجة تركبته لا يقبلها ما الا بكلفة ومشقة فلما غلب على عقله ادعى القوة والاقدام فقال له بعض الحاضرين مما زحالبس بصحيح والافضع هذه الجرة على ركبتك فاقدم ووضعها حتى اكات ما هناك من لحمه وهو لا يلتفت حتى طفئت أو أزالها بعض الحاضرين الشك مني فلما افاز وجد دما به من جراحة النار بالفسه وورمت ركبته ومكث بها مدة الى أن برأت فعادت بذلك الكي البالغ في غاية الصحة والنظافة من الاخلاط وصار يقول بالبتها كانت في الركبتين ثم لم يستطع أصلا في حال صحوه أن يفعل مثل ذلك بالآخرى ليستريح من ألمها ومنظرها وإذا كان كذلك فلا يفيد الحد فائدة الاحال الصحو وتأخير الحداء ذكر جائز (قوله وحد الخمر والسكر) أي من غيرها (عثمانون سوطا) وهو قول مالك وأحمد وفي رواية عن أحمد وهو قول الشافعي أربعون لأن الامام لو رأى أن يجلد عثمانين جاز على الاصح واستدل المصنف على تعيين الثمانين باجماع الصحابة روى البخاري من حديث السائب بن يزيد قال كانوا في الشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرأة أبي بكر وصدر من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا ونعالنا وأردتنا حتى كان آخر امرأة عمر فجلد أربعين حتى اذا عتوا أو فسقوا جلد عثمانين وأخرج مسلم عن أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بالجريد والنعال ثم جلد أبو بكر أربعين فلما كان عمر ودنا الناس من الرفيق والقري قال ماترون في جلد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف أرى أن نجعله عثمانين كأخف الحدود وقال جلد عمر عثمانين وفي الموطأ أن عمر استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه نرى أن يجلد عثمانين فانه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترى عثمانون وعن مالك رواه الشافعي ولا مانع من كون كل من علي وعبد الرحمن بن عوف أشار بذلك فروى الحديث مرة مقتصر على هذا ومرة على هذا وأخرج الحاكم في المستدرک عن ابن عباس ان الشرب كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالأيدي والنعال والعصى حتى توفي فكان أبو بكر يجلدهم أربعين حتى توفي الى أن قال فقال عمر ماذا ترون فقال علي رضي الله عنه اذا شرب الخمر وروى مسلم عن أنس قال ألقى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فضربه بجر يدتين نحو الاربعين وفعله أبو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف أخف الحدود عثمانون فأمر به عمر فمكن بجر يدتين متعاقبتين بأن انكسرت واحدة فأخذت أخرى والافهى عثمانون ويكون مما رأى عليه الصلاة والسلام في ذلك الرجل وقول الراوى بعد ذلك فلما كان عمر استشار الخ لا ينافي ذلك فان حاصله أنه استشارهم فوقع اختيارهم على تقدير الثمانين التي انتهى اليها فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الا أن قوله وفعله أبو بكر يعدهم والالزم أن أبا بكر جلد عثمانين وما تقدم مما يفيد أن عمر هو الذي جلد الثمانين بخلاف أبي بكر والله أعلم وقد أخرج البخاري ومسلم عن علي رضي الله عنه أنه قال ما كنت أقيم على أحد حد افيوت فيه فأجد منه في نفسي الا صاحب الخمر فانه ان مات ودينه لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه والمراد لم يسن فيه عددا معيننا والافه يوم قطعاً أنه أمر بضربه فهذه الاحاديث تفيد أنه لم يكن مقدراً في زمنه عليه الصلاة والسلام بعد معين ثم قدره أبو بكر وعمر بأربعين ثم اتفقوا على ثمانين وانما جاز لهم أن يجزوا على تعيينه والحكم المعلوم منه عليه الصلاة والسلام عدم تعيينه لعلمهم بأنه عليه الصلاة والسلام انتهى الى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه ثم رأوا أهل الزمان تغيروا الى فجوه أو أكثر على ما تقدم من قول السائب حتى اذا عتوا وفسقوا وعلموا أن الزمان كلما تأخر كان فساد أهله أكثر فكان ما أجمعوا عليه هو ما كان حكمه عليه الصلاة والسلام

وكلام المصنف يدل على أن
البيع مباح ولا تنافي بينهما
(وحد الخمر) وحد (السكر)
من غير الخمر (في الحر عثمانون
سوطا لاجماع الصحابة رضي
الله عنهم

(قوله وكلام المصنف يدل
على أن البيع مباح الخ)
أقول النبذ أيضاً مباح فما
الفرق الا أن يقال مراده
بالمباح ما أجمعوا على إباحته
وليس النبذ كذلك

يفرق على يده كما في حد الزنا على مامر) فيه أنه يضرب كل البدن ما خلا الوجه والرأس والفرج (ثم مجرد) عن ثيابه (في المشهور من الرواية وعن محمد أنه لا مجرد عن ثيابه اظهار التخفيف لانه لم يرد به) أي بالحد (نص) قاطع أو بالتجريد (ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة) يعني من حيث العدد حيث لم نجعله مائة كما في الزنا (فلا يعتبر ثانيا) وفيه بحث من وجهين الأول أنه ليس لأحد من المجعدين التصرف في المقدرات الشرعية والثاني أن الثمانين تغليظ لا تخفيف لانه روى أنهم ضربوا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالأكام وبالأيدي وغير ذلك ثم جلد أبو بكر أربعين (١٨٦) ثم جلد عمر أربعين فالتقدير بعد ذلك بثمانين تغليظ لا تخفيف والجواب أن قوله أنا أظهرنا

التخفيف كلام عن لسان المجتهدين والتخفيف إنما هو باعتبار أن الله تعالى جاز له أن يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا اذ هو الفاعل المختار وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفا منه ولما جعله العجالة معتبرا بحد المفترين ظهر التخفيف فلم يقدر وابتنى وإنما أظهرنا التخفيف الذي كان ثابتا بترك التنصيص واليه أشار بقوله أظهرنا التخفيف والله در لطائفه وقوله (ومن أقر بشرب الخمر والسكر) بفتحين وهو عصير الرطب اذا اشتد وقبل السكر كل شراب مسكر (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف وزفر ثبت باقراره مرتين في مجلسين اعتبارا لعدد الاقرار بعدد الشهود (وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنينها هناك ان شاء الله تعالى)

(قوله نص قاطع) أقول

يفرق على يده كما في حد الزنا على مامر) ثم مجرد في المشهور من الرواية وعن محمد أنه لا مجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا (وان كان عبد اخذه أربعون سوطا) لان الرق منصف على ما عرف (ومن أقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد) لانه خالص حق الله تعالى (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين) ويثبت (بالاقرار مرة واحدة) وعن أبي يوسف أنه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنينها هناك ان شاء الله

في أمثالهم وأما ما روى من جلد على أربعين بعد عمر فلم يصح وذلك ما في السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر الرقاشي قال شهدت عثمان بن عفان رضي الله عنه وقد أتى بالوليد بن عقبة فشهد عليه حران ورجل آخر فشهد أنه رأى يشربها وشهد الآخر أنه رأى يتقيها فقال عثمان أنه لم يتقيها حتى شربها فقال لعلي أقم عليه الحد فقال علي للعسن أقم عليه الحد فقال ول حارها من تولى قارها فقال علي لعبد الله بن جعفر أقم عليه الحد فأخذ السوط وجلده وعلى بعد إلى أن بلغ أربعين قال حسبك جلد النبي صلى الله عليه وسلم أربعين وجلد أبو بكر أربعين وجلد عمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب إلى (قوله يفرق الضرب على يده كما في حد الزنا) ونقل من قول ابن مسعود رضي الله عنه للضارب أعط كل ذي عضو حقه يعني ما خلا الوجه والرأس والفرج وعند أبي يوسف يضرب الرأس أيضا ونقدم (قوله ثم مجرد في المشهور من الرواية وعن محمد أنه لا مجرد اظهار التخفيف لانه لم يرد به نص وجه المشهور أنا أظهرنا) أي الشرع أظهر (التخفيف مرة) بنقصان العدد (فلا يعتبر ثانيا) بعدم التجريد والاقارب المقصود من الاتزجار الفوات وتقدم له مثله في الطهارة حيث قال في جواب تخفيفه ما للروث والخثي للضرورة قلنا الضرورة قد أثرت في النعال مرة فتسكني مؤنتها أي فلا تخفف مرة أخرى وله ضده في الصلاة حيث قال في تخفيف القراءة للسافر ولان السفر قد أثر في اسقاط شطر الصلاة فلأن يؤثر في تخفيف القراءة أولى وتقدم هناك الجمع بينه وبين ما في الطهارة أن لا ملازمة بين نفي التخفيف ثانيا ووجوده أو لامن حيث هو وجوده والمعول عليه في كل موضع الدليل وعدمه (قوله وان كان عبد اخذه أربعون على ما عرف) من أن الرق مؤثر في تنصيف النعمة والعقوبة فاذا قلنا ان حد الحر ثمانون قلنا ان حد العبد أربعون ومن قال حد الحر أربعون قال حد العبد عشرون (قوله ومن أقر بشرب الخمر والسكر) بفتحين وهو عصير الرطب اذا اشتد (ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى) ولا مكذب له في الرجوع عنه فيقبل ولا يصح ضم سببه لان اقراره بالسكر من غير الخمر إما في حال سكره فلا يعتبر اقرارا السكران كما سيأتي أو بعده ولا يعتبر للتقدم فلا يوجد ما يصح الرجوع عنه (قوله ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة) وعن أبي يوسف أنه يشترط الاقرار مرتين (قوله سنينها هناك) أي سنين هذه المسئلة في الشهادات

(ولا

قوله قاطع احترام من قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلده فانه خبر الواحد) قوله والجواب أن قوله

أنا أظهرنا إلى قوله عن لسان المجعدين) أقول الاجماع لا ينسخ به فكيف يستقيم الاجماع على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله فلم يقدر وابتنى) أقول أي من عند أنفسهم (قال المصنف ومن أقر بشرب الخمر والسكر) أقول والسكر بفتحين نقيع التمر اذا غسلا ولم يطبخ كذا فسر الناطقي في الاجناس وقال في الجهرة والسكر كل شراب أسكر وفي ديوان الادب السكر خمر النبيذ وقال في الجمل السكر شراب وقال في المغرب السكر عصير الغنم اذا اشتد والمراد هنا مال الناطقي كذا في غاية البيان وقال وانما خصه بالذكور مع أن الحكم في سائر الاشربة المحرمة كذلك حيث يصح رجوعه لانه الغالب في بلادهم

قال (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) في حد الشرب أيضا (لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان) يشير الى ذلك كله قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان الى قوله أن تفضل احدهما فانتد كراحداهما الاخرى وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان استنهاد النساء في الموضع الذي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة المعجز عن استنهاد الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم (والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لقليل ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) هذا اللفظ الجامع الصغير وليس فيه بيان الخلاف قال المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وقالاهو الذي يهذي ويختلط كلامه) أي يكون غالب كلامه الهذيان فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران (لانه السكران في العرف واليه مال أكثر المشايخ) وعن ابن الوليد قال سألت أبا يوسف عن السكران الذي يجب عليه الحد قال أن يستقر أقل بأبها (١٨٧) الكافرون ولا يقدر عليه فقلت له

كيف عنت هذه السورة وربما أخطأ فيها الصاحي قال لان تحريم الخمر نزل فبين شرع فيها فلم يستطع قراءتها وحكي أن أئمة بلغ اتفقوا على استنقراء هذه السورة (ولابي حنيفة أن الحدود يؤخذ في أسبابها بأقصاها درأ للحد ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء ومادون ذلك لا يعري عن شبهة الصحو) يعني أنه اذا كان يميز بين الأشياء عرفنا أنه مستعمل لعقله مع ما به من السرور فلا يكون ذلك نهاية في السكر وفي النقصان شبهة العدم والحدود تدرى بالشبهات ولهذا وافقه ما في السكر الذي يحرم عنده القدرح المسكر أن المعتبر فيه هو اختلاط الكلام لان اعتبار النهاية فيما يدرى بالشبهات

(ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان (والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لقليل ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) قال العبد الضعيف (وهذا عند أبي حنيفة وقالاهو الذي يهذي ويختلط كلامه) لانه هو السكران في العرف واليه مال أكثر المشايخ وله أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درأ للحد ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء ومادون ذلك لا يعري عن شبهة الصحو والمعتبر في القدرح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع أخذ بالاحتياط والشافعي يعتبر بظهور أثره في مشيته وحركته وأطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره

(ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) ولا نعلم في ذلك خلافا (لان فيها) أي في شهادة النساء (شبهة البدلية) لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فاعتبرها عند عدم الرجلين ولم يرد به حقيقة بالاجماع لانهما لو شهدتا مع رجل مع امكان رجلين صح اجماعا (و) فيه (تهمة الضلال) لقوله تعالى أن تفضل احدهما فانتد كراحداهما الاخرى في الكشف أن تفضل أي لا تهدي للشهادة وفي التيسير الضلال هنا النسيان وقوله فتد كراحداهما الاخرى أي تزيل نسيانها (قوله والسكران الذي يحد) سكره من غير الخمر عند أبي حنيفة (هو الذي لا يعقل منطقا لقليل ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) زاد في الفوائد الظهيرية ولا الارض من السماء (وقالاهو الذي يهذي ويختلط) وبه قال الاثمة الثلاثة ولما يذكروا الخلاف في الجامع الصغير ذكره المصنف والمراد أن يكون غالب كلامه هذيانا فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران فيكون حكمه حكم العصاة في اقراره بالحدود وغير ذلك لان السكران في العرف من اختلط كلامه جده بهزله فلا يستقر على شيء (واليه مال أكثر المشايخ) واختاروه للفتوى لان المتعارف اذا كان يهذي يسمى سكران وتأيد بقول علي اذا سكر هذي (ولابي حنيفة أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درأ) بدليل الالتزام في شهادة الزنا أن يقول كالمسل في المسكلة وفي السرقة بالاختصاص من الحرز التام لان فيمادون ذلك شبهة الصحو فيندري الحد وأما في ثبوت الحرمة فما قالاه احتياط في أمر الحدود في الحرمة وانما اختاروا للفتوى قولهم الضعف وجه قوله وذلك أنه حيث قال يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها فقد سلم أن السكر يتحقق قبل الحالة التي عيناها وأنه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هي سكر والحد انما أبيض في الدليل الذي أثبت حد السكر بكل ما يسمى سكر بالمرتبة الاخيرة منه على أن الحالة التي ذكر فلما يصل

والحل والحرمة يؤخذ بالاحتياط وهذا معنى قوله (والمعتبر في القدرح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع أخذ بالاحتياط) لانه لما اعتقد حرمة القدرح الذي يلزم الهذيان واختلاط الكلام عنده يمنع عنه فلما امتنع عنه وهو الادنى في حد السكر كان تمتعاً عن الاعلى فيه وهو ما قاله أبو حنيفة وقوله (وهذا) أي ظهور الاثر في مشيته (مما يختلف) فان السكران ربما لا يتمايل في مشيته والصاحي ربما يزلق أو يعثر في مشيته فيرى التمايل منه فلا يكون دليلا

(قال المصنف وقالاهو الذي يهذي الى قوله لانه هو السكران في العرف) أقول قوله لانه الخ تعليل لقوله هو الذي الخ (قوله أن يستقرأ) أقول أي ذوا أن يستقرأ (قوله قال لان تحريم الخمر نزل الخ) أقول الآية التي نزلت فيه هي قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى وليس فيه تحريم الخمر والتفصيل في كتب التفسير والاطهر أن يقال لانه تعالى جعل الذي يحرم عن قراءته هذه السورة سكران

وقوله (ولا يحد السكران باقراره على نفسه) يعني في الحدود والحالصة حقا لله تعالى كزنا وشرب الخمر والسرقه لان الاقرار خبر يحتمل الكذب فاذا صدر من سكران مهادر زاد (١٨٨) احتماله (فيحتمل ادرته لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد

والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه) باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفسرين عما فون فهو ذا اجماع منهم على وجوب حد القذف فاذا وجب عليه حد القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره

(قال المصنف ولا يحد السكران باقراره على نفسه) أقول قال صاحب النهاية أى في الحدود والحالصة لله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر والسرقه ولكن يضمن المسروق كذا في جامع العتاي وقال صاحب النهاية ذكر الامام الترمذى ولا يحد السكران باقراره على نفسه بالزنا والسرقه لانه اذا صاور جمع بطل اقراره ولكن يضمن المسروق بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه في حال سكره لانه لا فائدة في التأخير لانه لا يملك الرجوع لانهما من حقوق العباد فاشبه الاقرار بالمال والطلاق والعناق اه ولا يخفى عليك أن قوله لانه لا فائدة في التأخير الخ محل بحث وفي معراج الدراية بخلاف حد القذف فانه يحبس حتى يصحون ثم يحد

(ولا يحد السكران باقراره على نفسه) لزبادا احتمال الكذب في اقراره فيحتمل ادرته لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته

اليها سكران فيؤدى الى عدم الحد بالسكر وروى بشر عن أبي يوسف اعتبار السكر بقراءة سورة قل يا أيها الكافرون ولا شك أن المراد من يحفظ القرآن أو كان يحفظها فبما حفظ منه لا من لم يدر شيئا أصلا قال بشر فقلت لأبي يوسف كيف أمرت بهما من بين السور فربما يخطئ فيها العاقل الصاحي قال لان الله بين أن الذي يجوز عن قراءتها سكران يعني به ما في الترمذى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاما فدعا ناديا كئنا وسقانا من الخمر فأخذت الخمر منا وحضرت الصلاة فقدموني فقرأت قل يا أيها الكافرون لا أعبد سدا ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون قال فأنزل الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا ينبغي أن يقول على هذا بل ولا يعتبر به فانه طريق سمع تبديل كلام الله عز وجل فانه ليس كل سكران اذا قيل له اقر أقل يا أيها الكافرون يقول لا أحسنها الآن بل يندفع فارتأيت تبديلها الى الكفر ولا ينبغي ان يلزم أحد بطريق ذكر ما هو كفر وان لم يؤخذ به نعم لو تعين طريقا لا فائدة حكم الله تعالى لكن ليس كذلك فان معرفة السكران لا تتوقف عليه بل له طريق معلوم هي ما ذكرنا وقوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى لم يحسنها الا بوجوب قصر المعترف عليه وقوله (ومادون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو) ممنوع بل اذا حكم العرف واللغة بأنه سكران بمقدار من اختلاف الحال حكم بأنه سكران بلا شبهة وهو وما معه من ذلك القدر من التمييز لم يجعل شبهة في أنه سكران واذا كان سكران بلا شبهة حد فالمعتبر بثبوت الشبهة في سكره في نفي الحد لا بثبوت شبهة صحو وعرف مما ذكرنا من استدلال أبي حنيفة رضي الله عنه بهذه الآية على أن السكر هو أن لا يعقل منطق الخ غريب في الخطا لانها في على وأصحابه ولم يصل سكرهم الى ذلك الحد كما علمت من انهم أدركوا الوجوب وقاموا بالاسقاط وجعلهم سكارى فهي تفيد ضد قوله وأما قوله تعالى حتى تعلموا الآية فانما أطلق لهم الصلاة حتى يصحوا كل الصحو بأن يعلموا جميع ما يقولون خشية أن يبدلوا بعض ما يقولون وليس فيه أن من مراتب السكر كذا وكذا بل أن من وصل الى ذلك الحد الذي كافوا فيه سمى سكران وكون المقدار الذي هو سبب لعدم ما هو لا تعرض له بوجه وقول المصنف (والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركته وأطرافه) يفيد أن المراد من الاجماع في قوله والمعتبر في القدر المسكر ما قاله بالاجماع الاجماع المذهبي والالم يكن للشافعي قول آخر يخالف قولهما واعترضه شارح بأنه قلده في غير الاسلام وفيه نظر فان الشافعي يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر جنسه وان قل ولا يعتبر بالسكر أصلا ولا يخفى أنه ليس يلزم من نقل قول الشافعي في تحديد السكر ما هو اعتقاد الناقل أن الشافعي يحد بالسكر بل الحاصل أنه لما قال يحد بالسكر عندنا حد السكر مطلقا عن ما وعنه الشافعي ومفصلا عن الامام أي هو باعتبار اقتضائه الحد هو أقصاه وباعتبار مجرأ الحرمة هو ما ذكرتم وجاز أن يكون بعض من فسر السكر بحد بلا سكر وانما فسره باعتبار آخر كأن حلف بطلاق أو عناق لبشر بن حتى يسكر فيجده ليعلم متى يقع الطلاق والعناق وغير ذلك ثم أبطله بأن هـ ذاب تفاوت أي لا ينضبط فكلم من صاحي تمايل ويرلق في منبته وسكران ثابت وما لا ينضبط لا يضبط به ولان الذي وقع في كلام علي رضي الله عنه بحضرة الصحابة اعتبار بالاقوال لا بالمشي حيث قال اذا سكره ذى الخ (قوله ولا يحد السكران باقراره على نفسه) أي بالحدود والحالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقه

ولو ارتد السكران لا تبين منه امر أنه لأن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر والله أعلم

الأنه يضمن المسروق وقبضه بالقرار لانه لو شهد عليه بالزنا في حال سكره وبالسرقه بعد الصحو ويقطع وانما لا يعتبر اقراره في حقوق الله تعالى لانه يصح رجوعه عنه ومن المعلوم أن السكران لا يثبت على شيء وذلك الاقرار من الاشياء والاقوال التي بقولها فهو محكوم بأنه لا يثبت عليه ويلزمه الحكم بعد ساعة بأنه رجع عنه هذا مع زيادة شبهة أنه يكذب على نفسه مجونا وتمسكا كما هو مقتضى السكر المنتصف هو به فيندري عنه بخلاف ما لا يقبل الرجوع فانه مؤاخذ به لان غاية الامر أن يجعل راجعا عنه لكن رجوعه عنه لا يقبل هذا والذي ينبغي أن يعتبر في السكر الذي لا يصح معه الاقرار بالحدود على قول أبي حنيفة قولهما فيتفقون فيه كما اتفقوا عليه في التحريم لانه أدرا للحدود منه لو اعتبر قوله فيه في ايجاب الحد وهذا بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد (والسكران كالصاحي) فيما فيه حقوق العباد (عقوبة عليه) لانه أدخل الآفة على نفسه فاذا أقر بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر وينبغي أن يكون معناه أنه أقر بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر من الانبذة المحرمة أو مطلقا على الخلاف في الحد بالسكر من الاشربة المباحة والافهم مجرد سكره لا يحد باقراره بالسكر وكذا يؤاخذ بالقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعناق وغيرها لانها لا تقبل الرجوع (قوله ولو ارتد السكران لا تبين منه امر أنه لان الكفر من باب الاعتقاد) أو الاستخفاف وباعتبار الاستخفاف حكم بكفر الهازل مع عدم اعتقاده لما يتول ولا اعتقاده للسكران ولا استخفاف لانهم ما فرغ قيام الادراك وهذا يقتضي أن السكران الذي لا تبين امر أنه هو الذي لا يعقل منطقيا كقول أبي حنيفة في حله والظاهر أنه كقولهما ولذا لم ينقل خلاف في أنه لا يحكم بكفر السكران بشككهم مع أنهم مالم يفسرا السكران بغير ما تقدم عنهم ما فوجهه أن أبا حنيفة انما اعتبر عدم الادراك في السكران احتياطا لدرء الحد ولا شك أنه يجب ان يحتاط في عدم تكفير المسلم حتى قالوا اذا كان في المسئلة وجوه كثيرة توجب التكفير ووجه واحد يمنعه على المفتي أن يميل اليه ويبنى عليه فلو اعتبر في اعتبار عدم رده بالتكليم بما هو كفا أقصى السكر كان احتياطا للتكفير لانه يكفر في جميع ما قبل تلك الحالة هذا في حق الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان في الواقع قصدا أن يشككهم بهذا كرم المعناه كفروا لا فلا فان قبل هذا الاعتبار يخالف للشرع فان الشارع اعتبر دركة قائما حتى خاطبه في حال سكره وذلك لان قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى ينضمين خطاب السكارى لانه في حال سكره مخاطب بأن لا يقربها وكذلك والاحتياط له قربانها وان لم يعلم ما يقول لعدم الخطاب عليه فلا يفيد هذا الخطاب فائدة أصلا فهو خطاب للصاحي أن لا يقربها اذا سكر فالامتنال مطلوب من حال السكر سواء كان يعقل ذلك أم لا ولا كالتأني وهو معنى كونه مخاطبا حال السكر ولا شك أن تحقق الخطاب عليه ولا درك ليس العقوبة اذ تلزمه الاحكام ولا علم له بما يصدر منه فاعتبار دركة زائلا في حق الردة حتى لا يكفر حينئذ لعدم الاعتقاد والاستخفاف اعتبار مخالف لا اعتبار الشرع في حقه فلما ثبت من الشرع ما يقتضي أنه بعد ما عاقبه يلزم الاحكام مع عدم فهم الخطاب خفف عنه في أصل الدين رجة عليه في ذلك خاصة وذلك حديث عبد الرحمن بن عوف المتقدم فانه لم يحكم بكفر القاري مع اسقاط لفظة لا من قل يا أيها الكافرون ولا شك أن ذلك السكر الذي كان به لم يكن بحيث لا درك أصلا ألا ترى أنهم أدركوا وجوب الصلاة وقاموا الى الاداء فعلمنا أن الشارع رجه في أصل الدين وعاقبه في فروعه وله هذا صحننا اسلامه ولولا هذا الحديث لقلنا برده وان لم يكن له درك ولم نصح من الكافر السكران اسلامه ومما ذكرنا يعرف صحة

(ولو ارتد السكران لا تبين منه امر أنه لمذكر أن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر) وروى أن عبد الرحمن بن عوف صنع طعاما فدعا بعض الصحابة فأكلوا وسقاهم خرا وكان ذلك قبل تحريمها فأمهم في صلاة المغرب عبد الرحمن أو غيره وقرأ سورة الكافرون بطرح الآيات مع أن اعتقادها كفر ولم يكن ذلك كفر من ذلك القاري فعلم أن السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من أفظ الكفر والله أعلم

باب حد القذف

القذف في اللغة الرمي وفي اصطلاح الفقهاء نسبة من أحسن الى الزنا صريحاً أو دلالة (إذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصرح الزنا) الخالي عن الشبهة الذي لو أقام القاذف عليه أربعة من الشهود أو أقر به المقذوف لزمه حد الزنا (وطالب المقذوف بالحد) وعجز القاذف عن اثبات ما قذفه به (حده الحالك ثمانين سوطاً) كان حراً لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات إلى أن قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد بقوله والذين يرمون (الرمي بالزنا بالاجماع واليه الإشارة في النص لأنه شرط أربعة من الشهداء وهو مختص بالزنا) واعترض بأن التقيد بصرح الزنا غير منبسط لتحقيقه بدونه بأن قال لست لايبك وبأن القياس أن لا تجب المطالبة لأن حق الله فيه غالب والمغلوب في (١٩٠) مقابلته كالمستلث ولتزوجت فليست مطالبة المقذوف بلازمة فإن ابنه إذا طالبه

باب حد القذف

(وإذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصرح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحالك ثمانين سوطاً) كان حراً لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات إلى أن قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص إشارة إليه وهو اشتراط أربعة من الشهداء وهو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لأن فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا التفصيل الذي ذكرناه وهو أن هذا السكران الذي وقع منه كلمة ردة ولم يصل إلى أقصى السكران كان عن غير قصد إليها كقراءة على قل يا أيها الكافرون فغير فليس بكافر عند الله ولا في الحكم وإن كان مدركاً لها فاصداً مستحضراً معناها فإنه كافر عند الله تعالى بطريق تكفير الهازل وإن لم يحكم بكفره في القضاء لأن القاذي لا يدري من حاله إلا أنه سكران تكلم بما هو كافر فلا يحكم بكفره والله سبحانه أعلم

باب حد القذف

تقدم وجه المناسبة بينه وبين ما قبله وما بعده والقذف لغة الرمي بالشئ وفي الشرع رمي بالزنا وهو من الكبائر باجماع الأمة قال الله تعالى إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم وقال عليه الصلاة والسلام اجتنبوا السبع الموبقات قبل وما هن بارسول الله قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات متفق عليه وعنه عليه الصلاة والسلام من أقام الصلوات الخمس واجتنب السبع الكبائر فودي يوم القيامة ليدخل من أي أبواب الجنة شاء وذلك كرمها قذف المحصنات وتعلق الحد به بالاجماع مستندين إلى قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأت بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً (والمراد الرمي بالزنا) حتى لو رماه بسائر المعاصي غير ما لا يجب الحد بل التعزير (وفي النص إشارة إليه) أي إلى أن المراد الرمي بالزنا (وهو اشتراط أربعة من الشهود) يشهدون عليه بما رماه به ليظهر به صدقه فيما رماه به ولا شئ يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة أربعة إلا الزنا ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص بالقطع بالغاء الفارق وهو وصفه الاثنية واستقلال دفع عار ما نسب إليه بالتأثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت أهلية الاجتهاد (قوله وإذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصرح الزنا) بأن قال زني أو يازاني (وطالب المقذوف بالحد

حد والجواب أنه إذا قذفه بصرح الزنا وجد الشرط وجب الحد لا محالة فتلك قضية صادقة وأما إذا قذفه بنفي النسب لا يجب فليس يلزم لأن التقييد به لاخراج ما كان منه بطريق الكناية مثل أن يقول يازاني فقال آخر صدقت لاخراج ما ذكرتم وحق العبد وإن كان مغلولاً لكن يصح اشتراط مطالبة احتياطاً للدرء وابن المقذوف إنما يقدر على المطالبة بقيامه مقام المقذوف ولهذا لم يكن له حق المطالبة إلا إذا كان المقذوف ميتاً ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه

باب حد القذف

(وله واعترض بأن التقيد بصرح الزنا غير مفيد لتحقيقه بدونه بأن قال لست لايبك الخ) أقول وفي النهاية بعدما قال فإن

حده

قلت في هذا وجوه من الشبهة وذكر الشبه الثلاث المذكورة في الشرح والرابع أنه قد يتحقق قذف

الرجل المحصن والمرأة المحصنة ولا يجب حد القذف كما إذا قذف الآخر المحصن أو المجهوب المحصن والرقاء المحصنة والرواية في المسوط فعلى هذا لا يكون في إطلاقه فائدة وقال في جوابه وأما الرابع فأنما لا يجب حد قاذف الآخر لأنه لو كان ينطق لربما صدق القاذف فلا يقام الحد مع الشبهة وأما المجهوب والرقاء فلا لأنه لا يلحقهما الشين والعار بقذفهما بالزنا لأن الزنا منهما لا يتحقق اه خلاصة الجواب عن الكل أنه لم يجب الحد على ما ذكرتم لما منع وقيد عدم المانع غير لازم في الأحكام الكلية كما سيجي في أوائل الوكالة ثم أقول فيه تأمل ثم لا يخفى أن الأظهر في الآخر أن يقال إن فيه شبهة البدلية فإن إشارة فائقة مقام العبارة والحدود تندري بالشبهات إلى هذا أشرف في السكافي في أوائل الوكالة (قوله بطريق الكناية) أقول فإنها تقابل الصريح

حدا لما حكم ثمانين سوطا ان كان (قازف) وان كان عبدا - مد أربعين سوطا بشرط الاحصان في
المقذوف وهو ان يكون حرا قلا بالغا مسلما عفيفا وعن داود عدم اشتراط الحرية وانه يحذف القاذف العبد
وعن أحمد لا يشترط البلوغ بل كون المقذوف بحيث يجامع وان كان صبيا وهي خلاف المصحح عنه وعن
سعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يحذف القاذف الذمية اذا كان لها ولد مسلم والمعول عليه قول الجمهور وسيأتي
الوجه عليه وقوله (بصرى الزنا) يحتز عن القذف بالسكنية كقائل صدقت لمن قال يا زاني بخلاف ما لو
قال هو كما قلت فانه يحذف ولو قال أشهد أنك زان فقال الآخر وأنا أشهد لاحد على الثاني لان كلامه محتمل
ولو قال وأنا أشهد بمثل ما شهدت به حد ويحذف قوله زني فربك وبقوله زنت ثم قال بعد ما قطع كلامه
وأنت مكرهة بخلافه موصولا وكذا اذا قال ليست أمي برانية أو أبي فانه لا يحذف وبه قال الشافعي وأحمد
وسفيان وابن شبرمة والحسن بن صالح وقال مالك وهو رواية عن أحمد يحذف بالتعريض لما روى الزهري
عن سالم عن عبد الله بن عمر قال كان عريض ضرب الحد في التعريض وعن علي أنه جلد رجل بالتعريض
ولانه اذا عرف المراد بدليسه من القرينة صار كالصرح قلنا لم يعتبر الشارع مثله فانارأياه حرم صريح
خطبة المتوفى عنها في العدة وأباح التعريض فقال ولكن لا تواعدوهن سرا وقال ولا جناح عليكم فيما
عرضتم به من خطبة النساء فاذا ثبت من الشرع نفي اتحاد حكمهما في غير الحد لم يجز أن يعتبر مثله على
وجه يوجب الحد المختلط في درته وأما الاسناد لال بأنه صلى الله عليه وسلم لم يلزم الحد الذي قال
بارسول الله ان امرأتى ولدت غلاما أسود يعرض بنفيه فغير لازم لان الزام حد القذف متوقف على
الدعوى والمرأة لم تدع وقد أورد أن الحد ثبت بنسب وليس صريحا في القذف ووروده
باعتبار المفهوم وهو حجة في الروايات وأجيب بأنه ثبت بالنسبة الى الزنا بالاقتضاء والثابت مقتضى
كالثابت بالعبارة والحق أن لادالة اقتضاء في ذلك لما سبذ كبرل حده بالاثروالاجماع فهو وارد لا يندفع
ولا فرق في ثبوت القذف بعد أن يكون بصرى الزنا بين ان يكون بالعربي أو النبطي أو الفارسي
أو غير ذلك فلا يحذف لو قال لها زنت بحمار أو بهيمة أو ثور لان الزنا ادخال رجل ذكره الخ بخلاف ما لو قال
لها زنت بناقة أو أتان أو ثوب أو دراهم حيث يحذف لان معناه زنت وأخذت البدل اذ لا تصلح المذكورات
للادخال في فرجها ولو قال هذا لرجل لا يحذف لانه ليس العرف في جانبه أخذ المال ولو قال زنت وأنت
صغيرة أو جامعك فلان جماعا حراما لا يحذف لعدم الإثم ولعدم الصراحة اذ الجماع الحرام يكون بنسكاح
فاسد وكذا لا يحذف في قوله يا حرام زاده لانه ليس كل حرام زنا ولا بقوله أشهدني رجل أنك زان لانه حاله
لقذف غيره ولا بقوله أنت أزني من فلان أو أزني الناس أو أزني الزناة لان أفعل في مثله يستعمل
لترجيح في العلم فكأنه قال أنت أعلم به وسيأتي خلافه في فروع عند كرها وأما اشتراط مطالبة المقذوف
فاجماع اذا كان حيا فان كان ميتا فطالبته من يقع القذف في نسبه ثم ان نفيه عن غير المقذوف بمفهوم
الصفة وهو معتبر وأورد بنسبتي ان لا تشترط المطالبة لان الغلب فيه حق الله تعالى فالجواب ان حق
العبد مطالبة توقف النظر فيه على الدعوى وان كان مغلوبا نعم يرد على ظاهر العبارة قذف نحو الرتقاء
والمحبوب فانه لا يحذف فيه مع صدق القذف للعصنة بصرى الزنا وكذا الاخرس لاحتمال ان يصدقه
لنطق وفي الاولين كذبه ثابت بيقين فانتفى الحاق الشين بالبنفسه ولو قال لرجل يا زانية لا يحذف
استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي يحذف لانه قد فقه على المبالغة فان التام زادله
كفاية علامة ونسابة ولهما انه زمام بما يستحيل منه فلا يحذف كالمقذوف مجبوبا وكذا لو قال أنت محلل للزنا
لا يحذف وكون التام للمبالغة مجاز لما عهد لها من التأنيت ولو كان حقيقة فالحد لا يجب بالشك
ولو قال لامرأة يا زاني حد عندهم لان الترخيم شائع (ويفرق) الضرب (على أعضائه لما مر في حد الزنا)

(وقوله ويفرق) بمعنى
الضرب (على أعضائه القاذف
على ما مر في حد الزنا)
وهو قوله لان الجمع في
عضو واحد يفضى الى
النف

(ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به) لاحتمال ان يكون القاذف صادقا في نسبته الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البيينة لانها على الوصف المشروط فيه لا تكاد تحصل (فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا) حيث يجرد فيه من ثيابه لان سببه معان بالبيينة أو الاقرار وههنا بعد ثبوت (١٩٢) القذف بالبيينة أو الاقرار يتوقف اقامة الحد على معنى آخر وهو كذبه

في النسبة الى الزنا وهو غير متيقن به وقوله (غير) انه ينزع عنه الحشو استثناء من قوله ولا يجرد وقوله (لان ذلك) يعني الفرو والحشو كافي في قوله تعالى عوان بين ذلك وقوله (وان كان القاذف عبدا) ظاهر وقوله (والاحصان) بيان شرطه وقوله (لعدم تحقق فعل الزنا منهما) قيل عليه لو كان كذلك لحذف من قذف المجنون الذي زنى في حال جنونه ولا يحد وان قذفه بعد الافاقة وأجيب بأن معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما الزنا الذي يؤثم صاحبه ووجب الحد عليه ولم يوجد منهما وأما الوطء الذي هو غير مملوك فقد تحقق منهما بالنظر الى هذا كان القاذف صادقا في قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا على المقدوف لكن قذف رجلا بوطء شبهة أو وطء جاريته المشترك بينهما وبين غيره وقوله (والاسلام) لقوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن) تقر به ان الله تعالى أوجب حد القذف بقذف المحصن

(ولا يجرد من ثيابه) لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا (غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو) لان ذلك يمنع ابطال الالم به (وان كان القاذف عبدا جلد أربعين سوطا المكان الرق والاحصان أن يكون المقدوف حرا عاقلا بالغامسا عفيفا عن فعل الزنا) أما الحرية فلا تطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فاعلمين نصف ما على المحصنات من العذاب أي الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه

(قوله ولا يجرد من ثيابه) الا في قول مالك (لان سببه) وهو النسبة الى الزنا كذا (غير مقطوع به) لجواز كونه صادقا غير أنه عاجز عن البيان بخلاف حد الزنا لان سببه معان للشهود أو للقرينة والمعروف لهما هنا نفس القذف وإيجاب الحد ليس بذاته بل باعتبار كونه كاذبا حقيقة أو حكما بعدم اقامة البيينة قال تعالى فاذلم بأولئك بالشهاد فأولئك عند الله هم الكاذبون فالحاصل انه تعالى منع من النسبة الى الزنا الا عند القدرة على الاثبات بالشهادة لان فائدة النسبة هناك تحصل أما عند المجرة فأنما هو تشنيع ولعلقة تقابل بمثلهما بلا فائدة (بخلاف حد الزنا غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو) أي الثوب المحشولانه يمنع من وصول الالم اليه ومقتضاه انه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشولانه ينزع والظاهر أنه ان كان فوق قميص ينزع لانه يصير مع القميص كالحشو أو قريبان منه ويمنع ابطال الالم الذي يصلح زاجرا (قوله والاحصان أن يكون المقدوف حرا عاقلا) قد مر ذلك والكلام هنا في اثبات ذلك ويثبت الاحصان باقرار القاذف أو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين خلافا لفرق وتقدمت فان أنكر القاذف الاحصان وعجز المقدوف عن البيينة لا يخلف ما يعلم انها محصنة وكذا اذا أنكر الحرية لجحد حد الارقاء لقول قوله ولا يحد كالأحرار الا ان يقيم المقدوف بيينة انه حر ولو كان القاضي يعلم حريته حده ثمانين وهذا قضاء بعلمه فيما ليس سبيلا للحد فيجوز (أما اشتراط الحرية فلا تطلق عليه اسم الاحصان قال تعالى فاعلمين نصف ما على المحصنات من العذاب أي الحرائر) فالرق ليس محصنا بهذا المعنى وكونه محصنا بمعنى آخر كالاسلام وغيره يوجب كونه محصنا من وجه دون وجه وذلك شبهة في احصائه توجب درء الحد عن قاذفه فلا يحد حتى يكون محصنا بجميع المفهومات التي أطلق عليها لفظ الاحصان الا ما أجمع على عدم اعتباره في تحقق الاحصان وهو كونهما زوجة أو كونه المقدوف زوجا فانه جاء بمعناه وهو قوله تعالى والمحصنات من النساء أي المتزوجات ولا يعتبر في احصان القذف بل في احصان الرجم ولا شك أن الاحصان أطلق بمعنى الحرية كما ذكرنا بمعنى الاسلام في قوله تعالى فاذا أحصن قال ابن مسعود أسلمن وهذا يعني في اثبات اعتبار الاسلام في الاحصان والمصنف ذكر فيه ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن وتقدم الكلام عليه ومعنى العفة عن فعل الزنا قال تعالى والذين يرمون المحصنات والمراد بهن العفاف وأما العقل والبلوغ ففيه إجماع الاما عن أحد أن الصبي الذي يجمع مثله محصن فيحد قاذفه والاصح عنه كقول الناس وقول مالك في الصبية التي يجمع مثلهما يحد قاذفها خصوصا اذا كانت مرافقة فان الحد بعله الحاق العار ومثلهما يلحقه والعامية يمنعون كون الصبي والمجنون يلحقهما عار بنسبتهما الى الزنا بل ربما يضحك من القائل لصبي أو مجنون بازاني اما لعدم صحة قصده واما لعدم خطايمه بالحرمان ولو فرض لحق

بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية والكافر ليس بمحصن لقوله صلى الله عليه وسلم من أشرك بالله فليس بمحصن فلا يجب عليه حد القذف

(قوله يعني الفرو والحشو كافي في قوله تعالى الخ) أقول قد سبق نظيره في باب حد الشرب (قوله من قذف المجنون زنى حال جنونه الخ) أقول الظاهر ان يقال ومن قذف المجنون الذي زنى حال جنونه الخ وهكذا في النهاية ويجوز أن يكون من قبيل كثر الحمار يحمل أسفارا

(ومن نفي نسب غيره فقال است لا بيك يحسد إن كانت أمه حرة مسلمة لأنه في الحقيقة قذف أمه) لأنه نفي النسب (والنسب انما ينفي عن الزاني لا عن غيره) وتقرر برهانه فرض المسئلة فيما اذا كان أبوه وأمّه معروفين ونسبه من الام ثابت بيقين ونفاه عن الاب المعروف فكان دليلا على انه زنى بأمه وفي ذلك قذف لأمه لا محالة قيل يشترط ان يكون في حالة (١٩٣) الغضب في هذه المسئلة كالتى بعدها

وقيل يجب أن لا يجب الحد ههنا وان كان قذفه في حالة الغضب لجواز أن ينفي النسب عن أبيه من غير أن تكون الام زانية من كل وجهه بأن تكون موطوءة بشبهة ولدت في عدة الواطي وأوجب بأن ماذ كرهه وجه القياس في هذه المسئلة ووجوب الحد فيها بالاستحسان بالانترقال في المبسوط وانما ترك هذا القياس لحديث ابن مسعود قال لا حد الا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه وقوله (ومن قال لغيره في غضب الخ) ظاهر وطول بالفرق بين هذه وبين قوله في حالة الغضب أو غيرها

قال المصنف (ومن نفي نسب غيره وقال لست لا بيك) أقول أى لست لأصلك الذى خلقت من مائه وانما يقطع نسبه عن صاحب الماء اذا حصل بالزنا حتى لو قال لست لا بيك فلان بالتعيين يكون على تفصيل الغضب وعدمه كما سيجي أيضا قال المصنف (وهذا اذا كانت أمه حرة مسلمة) أقول الاولى أن يقول محصنة ليعم (قوله وقيل يجب الى

(ومن نفي نسب غيره فقال لست لا بيك فإنه يحسد) وهذا اذا كانت أمه حرة مسلمة لأنه في الحقيقة قذف لأمه لان النسب انما ينفي عن الزاني لا عن غيره (ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لأبيه الذى يدعى له يحسد ولو قال في غير غضب لا يحسد) لان عند الغضب يراد به حقيقة سبالة وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته أباه في أسباب المروءة

عارلما هو فليس الخاف على الكمال فيندري وهذا أولى من تعليل المصنف بعدم تحقق فعل الزنا منهما لانه مؤول بان المراد بالزنا المؤتم والافهم يتحقق منهما اذ يتحقق منهما الوطء في غير الملك لكن القذف انما يوجب الحد اذا كان بزنا يؤتم صاحبه وبه يدفع الا براد القائل اذ لم يتحقق الزنا منه ما فتنفى ان يحسد فانف مجنون زنى حاله جنونه لكن لا يحسد وان كان قذفه حين افاقته وأما اشتراط العفة فلان غير العفيف لا يلحقه العار بنسبته الى الزنا لان تحصيل الحاصل محال ولولحقة عار آخر فهو صدق وحد القذف للفرية لا للصدق وفي شرح الطحاوى في العفة قال لم يكن وطئ امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد في عمره فان كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذا لو وطئ في غير الملك أو وطئ جارية مشتركة بينهما وبين غيره سقطت عدالته ولو وطئها في الملك الا انه محرم فانه يتطران كانت الجريمة مؤقتة لا تسقط عدالته كما اذا وطئ امرأته في الحيض أو أمته المجوسية لا يسقط احصانه وان كانت مؤبدة سقط احصانه كما اذا وطئ أمته وهى أخته من الرضاع ولو من امرأة بشبهة أو نظرا الى فرجها بشبهة ثم تزوج بنتها فدخل بها أو أمها لا يسقط احصانه عند أبى خيفة وعندهما يسقط ولو وطئ امرأته بالنكاح ثم تزوج بنتها ودخل بها سقط احصانه انتهى لفظه وانما لم يسقط احصانه عند أبى خيفة في بنت المسوسة بشبهة لان كثير من الفقهاء يصحون نكاحها (قوله ومن نفي نسب غيره فقال لست لا بيك فإنه يحسد وهذا اذا كانت أمه حرة مسلمة) وكذا اقتصر عليه الحاكم في الكافي وعلمه في الهداية بانه في الحقيقة قذف لأمه فكانه قال أمه زانية لأنه اذا كان لغيره أبى ولا نكاح لذلك الغير كان عن زناها معه قيل فعلى هذا كان الاولى أن يقال اذا كانت محصنة حتى يشمل جميع شرائط الاحصان وأورد عليه أنه يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ولا تكون أمه زانية بأن كانت موطوءة بشبهة أو نكاح فاسد الجواب أن المصنف اذا نكح لست لا بيك الذى ولدت من مائه بل مقطوع النسب منه وهذا ملزوم بان الأم زنت مع صاحب الماء الذى ولده ومنه وهذا معنى قول المصنف لان النسب انما ينفي عن الزاني لا عن غيره وحاصله أن نفي نسبه عن أبيه يستلزم كون أبيه زانيا لان النسب انما ينفي عن الزاني فيلزم أن أمه زنت مع أبيه فجاءت به من الزنا ولا يخفى انه ليس بل لازم لجواز كون أبيه زنى بأمه مكرهة أو نائمة فلا يثبت نسبه من أبيه ولا يكون قاذفا لأمه فالوجه اثباته بالاجماع وهذا بناء على الحكم بعدم ارادة الاب الذى يدعى اليه وينسب بخصوصه ولا شك في هذا والا كانت بمعنى المسئلة التى تليها وهى التى يرد عليها السؤال المذكور وجوابه ما سيجي وحمل بعضهم وجوب الحد في هذه على ما اذا كان قوله ذلك في حال الغضب والسبب بدليل المسئلة التى تليها فاذن يختلف المراد بلفظ الاب على هذا التقدير فانه اذا كان في غير حالة الغضب فانما يراد بالاب الاب المشهور فيكون النفي مجازا عن نفي المشابهة في محاسن الاخلاق (قوله ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لأبيه الذى يدعى اليه يحسد ولو قال في غير غضب لا يحسد لان عند الغضب يراد به حقيقة سبالة أى حقيقة

(٣٥ - فتح القدير رابع) قوله ولدت في عدة الواطي أقول وأجاب في الكافي بانه اذا وطئت بشبهة كان الولد ثابت النسب من انسان وانما لا يكون ثابت النسب من الاب اذا كانت الام زانية فدل أنه قذف أمه بهذا اللفظ يؤيده قول ابن مسعود رضي الله عنه لا حد الا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه اه

لست بابن فلان ولا بابن
فلانة وهي أمه التي تدعى
له حيث لا يكون قذفاً مع أن
القذف يراد بهذا اللفظ
وأجيب بأن قوله ولا بابن
فلانة تنفي عنها وانما يتنفي
عن أمه بانتفاء الولادة
فكان نفياً للولادة ونفي
الولادة تنفي الوطء ونفي الوطء
تنفي الزنا بخلاف ما إذا لم يقل
ذلك لأنه تنفي عن الوالد وولادة
الولد ثابتة من أمه فصار
كأنه قال له أنت ولد الزنا قال
(ولو قال له بابن الزانية
وأمه مبيتة محصنة فطالب
الابن بحده حد القاذف
لأنه قذف محصنة بعد موتها)
بخلاف ما إذا قذفها ثم
ماتت فإن الحد يسقط

قوله كان الولد ثابت النسب
من انسان أي اذا كانت
تحت زوج فنسبه منه وان
لم يكن فمن الواطئ فكان
ثابتاً من انسان ضرورة هو
أبوه قوله وانما لا يكون ثابت
النسب من الاب اذا كانت
الام زانية يعني وهو قد
قذفه بنفي نسبه عن الاب
فدل ذلك على انه لم يرد
بقذفه كون أمه موطوءة
بشبهة لما فيه من ثبوت
النسب أيضاً ثم أقول
لا يذهب عليك أن فرض
المسئلة فيما ذكره يدفع هذا
السؤال ولا يحتاج الى الجواب

(ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحده) لأنه صادق في كلامه ولو نسبته الى جده لا يحده أيضاً لأنه
قد ينسب اليه مجازاً (ولو قال له يا ابن الزانية وأمهم مبيتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف) لأنه
قذف محصنة بعد موتها

نفية عن أبيه لأنه حالة سب وشتم وفي غيره يراد به المعاتبة على عدم تشبهه في محاسن أخلاقه ولا يخفى
أن في حالة الغضب ليس نسبة أمه الى الزنا أمراً لازماً لجواز نفية عنه والقصد الى اثباته من غيره
لشبهة أو نكاح فاسد كالتى قبلها فثبت الحد به بمعونة قرائن الاحوال وهذا لا يثبت القذف
بصرح الزنا وكذا ذكر في المبسوط أن في الاولى الحد استحساناً باثر ابن مسعود وهو ما ذكره الحاكم
في الكافي من قول محمد بن غنم عن عبد الله بن مسعود أنه قال لا حد الا في قذف محصنة أو نفي رجل
عن أبيه ثم جازوا الاثر على النفي حالة الغضب وحكموا بانه حالة عدمه لم ينفيه عن أبيه بدلالة الحال فليس
هذا من التخصيص في شيء اذ ليس قذفاً وانما يكون تخصيصاً لو كان قذفاً أخرج من حكم القذف
ولو قال لست بابن فلان ولا ابن فلانة لا يحده مطلقاً لان حده في قوله لست بابن فلان في حالة الغضب مقتضراً
عليه باعتبار انه قذف أمه واذا تنفي نسبه عن أمه فقد تنفي ولادتها اياه فقد تنفي زناها به فكيف يحده هذا
وأما اذا قال يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا فلا يثبت فيه تفهيم بل يحده البتة بخلاف ما لو قال يا ابن القحبة
فانه يعزر ولو قال لامرأته يا حليلة فلان لا يحده ولا يعزر (قوله ولو قال لست بابن فلان يريد بفلان
جده لا يحده لأنه صادق في كلامه) وكذا لو قال أنت ابن فلان يعني جده هو صادق لأنه قد ينسب الى
الجد مجازاً معارفاً وفي بعض أصحابنا ابن أمير حاج وأمر حاج جده وكذا لو قال أنت ابن فلان لعمه أو
خاله أو زوج أمه لا يحده لان كلامهما أطلق عليه اسم الاب كما سيأتي واعلم أن قوله لست ابن فلان
لا يسهل المعروف له معنى مجازي هو نفي المشابهة ومعنى حقيق هو نفي كونه من مائه مع زنا الأم به أو عدم
زناها بل بشبهة فهي ثلاثة معان يمكن ارادة كل منها على الخصوص وقد حكموا بتحكم الغضب وعدمه
فعنه يراد نفي كونه من مائه مع زنا الأم به ومع عدمه يراد المجازي وقوله لست ابن فلان لجده معنى
مجازي هو نفي مشابته لجده ومعنى بيان حقيقين أحدهما نفي كونه مخلوقاً من مائه والاخر نفي كونه
أباً أعلى له وهذا يصدق بصورتين نفي كون أبيه خلقاً من مائه بل زنت جده به أو جاءت به بشبهة
وكل هذه المعاني يصح ارادة كل منها وقد حكم بتعيين الغضب أحدها بعينه في الاول وهو كونه
ليس من مائه مع زنا الأم به اذ لا معنى لان يخبره في السباب بان أمه جاءت به بغير زنا بل بشبهة فيجب أن
يحكم أيضاً بتعيين الغضب في المعنى الثاني الذي هو نفي نسب أبيه عنه وقذف جده به فانه لا معنى
لاخباره في حالة الغضب بان لم تخلق من مائه جده وهو مع سماجته أبعده في الارادة من ان يراد نفي أبوته
لا يسهل لان هذا كقولنا السماء فوق الارض ولا مختص الا أن يكون فيها إجماع على نفي الحد بلا تفصيل
كما أن في تلك إجماعاً على ثبوته بالتفصيل ولو قال له أنت ابن فلان لغيره ولا محذور مع أنه ليس بقذف
صرح لجواز كونه ابنه شرعاً بلا زنا على ما قلنا فانما هو استحسان بمعنى حديث ابن مسعود وهذه الصور
متأني في الكتاب لكنها هنا أنسب (قوله ولو قال له يا ابن الزانية وأمهم مبيتة محصنة كان للولد المطالبة بحده)
فاذا طالب به حد القاذف (ولا يطالب بحد القذف لئلا يمتدح في نسب بقذفه) وهو الوالد
وان علا والولد وان سفل لان العار يلحق بهما للجزئية فيكون القذف متناولاً لمعنى لهما فلهذا
ثبت لهما حق المطالبة لكن لحوقه لهما بواسطة لحوق المقتدوف بالذات فهو الاصل في ذلك فهو الاصل
في الخصومة لان العار يلحقه مقصوداً فلا يطالب غيره بموجبه الا عند اليأس عن مطالبته وذلك بان يكون
ميتاً فلذا لو كان المقتدوف غائباً لم يكن لولده ولا لوالده المطالبة خلافاً لابن أبي ليلى لأنه يجوز أن يصدق
الغائب وما ذكرنا من ان حق المطالبة يثبت للاب وان علا ذكره الفقيه أبو الليث وفي فتاوى قاض خان رجل

(ولا يطالب بمقد القذف لليث الامن يقع القذف في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد) يعني الاب والجد وان علا والزيد وولد الولد وان سفل نقله صاحب النهاية عن الفقيه أبي الليث ثم قال كذا وجدت بخط شيخني ونقل غيره من الشارحين عن شرح الجامع الصغير (لان العار يلحق به) أي بكل واحد من الوالد والولد (لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى) ورد بأن التعليل بالجزئية غير صحيح لتخلف الحكم عنها اذا كان المقدوف حيا عا ثباته ليس لاحد ان يأخذ بحده اذ ذلك واجب بان الاصل في الباب هو المقدوف لا محالة وغيره ممن بينه وبينه جرئية يقوم مقامه وانما يقوم الشيء مقام غيره اذا وقع اليأس من الاصل وانما يقع اليأس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته وقوله (وعند الشافعي) ظاهر وقوله (لما ذكرناه) يعني قوله لأن العار يلحق به وقوله (كما ثبت لولد الابن) يعني بالاتفاق (خلافا لمحمد) فانه روي عنه أن حق المطالبة لا يثبت لولد البنت لانه منسوب الى أبيه لا الى أمه (١٩٥) فلا يلحقه النسب بين برنا أبي أمه وفي ظاهر الرواية النسب

يثبت من الطرفين ويصير الولد به كرم الطرفين (ويثبت لولد الولد حال قيام الولد) وقال زفر رجه الله ليس لولد الولد حال قيام الولد أن يخصم لان الشين الذي يلحق الولد فوق الذي يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع قيام الولد كالولد مع بقاء المقدوف واعتبر هذا بطلب الكفاة فانه لا خصومة فيه مع بقاء الاقرب واكتناقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين بنسبته اليه وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الولد فإجماع ما خصم بتمام الحد لخصومته بخلاف المقدوف فان حق الخصومة له باعتبار تناول القاذف من عرضه مقصودا وذلك لا يوجد في حق ولده وبخلاف الكفاة فان طلبها انما يثبت للاقرب بقوله صلى الله عليه وسلم

(ولا يطالب بمقد القذف لليث الامن يقع القذف في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد) لان العار يلحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما تبين وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما ثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لغيره

قذف ميتا فلولده وولد ولده ووالده ان يأخذ القاذف ويحده وولد الابن وولد البنت سواء في ظاهر الرواية ولا يأخذ بذلك أخ ولا عم ولا جد أبوالاب ولا أم الام ولا عمه ولا مولاه وعند الشافعي ومالك وأحمد أيضا تثبت المطالبة لكل وارث بناء على انه يورث عنده في فتاوى القاضي قال محمد لكل من يرثه ويورث منه أن يأخذ القاذف ويحده اه وهذه رواية غريبة عن محمد ثم للشافعية فيمن يرثه ثلاثة أوجه أحدها أنه يرثه جميع الورثة والثاني غير الوارث بالزوجية والثالث يرثه ذكور العصابات لا غيرهم (وعندنا ليس بطريق الارث بل لما ذكرناه) من حقوق العار ولذا لا يثبت للاخ عندنا حق المطالبة به لان قرابة الولاد بمنزلة نفس الانسان فاللاحق من العار للانسان كاللاحق لنفس ولده ووالده بخلاف الاخ لا يلحقه ضرر عار زنا أخيه كما لا يلحقه النفع بانتفاع أخيه ولعلم الشرع بذلك أجاز شهادة الاخ لأخيه فليس لأخي المقدوف ولا لعمه وخاله المطالبة بمقد القذف ولم تجزئهم اداة الولد والوالد لانهم ما في حكم نفس المشهود له (ولهذا) أعني لا يكون حق المطالبة للحقوق العار غير دائر مع الارث (يثبت للمحروم عن الميراث بالقتل) أو الرق أو الكفر فلقائل أبيه أن يطالب قاذفه بعد قتله بمقد القذف وكذا اذا كان الولد عبدا أو كافرا خلافا لغيره الله (ويثبت لولد البنت المقدوف كما ثبت لولد الابن خلافا لمحمد) ويثبت للاخ عدم وجود الاقرب (وكذا يثبت لولد الولد) حق المطالبة (مع وجود الولد خلافا لغيره) ولو عفا بعضهم كان لغيره ان يطالب به لانه للدفع عن نفسه وقوله (خلافا لمحمد) يعني في رواية ليست هي ظاهر الرواية عنه ووجهها أن نسبه الى أبيه وهو أجنبي عن جدته لانه دليل انه لم يدخل في لفظ ولد الولد ولا الوقف على أولاده وأولاد أولاده لا يدخل ابن البنت في ظاهر الرواية وجه الظاهر عنهم - م - وألا يمنع عدم الدخول بل يدخل كقول الخصاص وقد اختاره جماعة في الوقف وثابتا بتقدير النسب لم يمت أن المبني مختلف لان مبني ثبوت الخصومة في حق القذف ثبوت الجزئية المستلزمة لجوع عار المنسوب الى الانسان الى الآخر وثبوت الوقف عليه بثبوت تبادر ولد البنت من قولنا أولاد فلان لانه وقف على من يسمى به فاذا لم يتبادر لا يشمله الوقف

الاكتساح الى العصابات وفي الحكم المرتب على العصابة يقدم الاقرب على الابعد

(قوله ونقل غيره من الشارحين) أقول أراد الاتقاني (قوله عن شرح الجامع الصغير) أقول هو للفقيه أبي الليث قال المصنف (فيكون القذف متناولا له معنى) أقول قال الزبلي لان العار نوع ضرر والضرر الراجع الى الاصول والفروع كالراجع الى نفسه وكذا النفع الراجع اليهم كالنفع الراجع الى نفسه ألا يرى أن ذلك منع قبول الشهادة لهم ودفع الزكاة اليهم ومنع الوكيل من البيع لهم وغير ذلك من الاحكام اه بخلاف الاخ والم وغيرهما (قوله فانه ليس لاحد ان يأخذ بحده) أقول خلافا لابن أبي ليلى قال المصنف (ويثبت لولد البنت) أقول قال الاتقاني وان لم يكن وارثا لانه من ذوى الارحام اه وفيه بحث لانه وارث عندنا في التفريع تأمل ودفعه غير خفي لان المراد بالارث هو الارث بطريق الفرضية والعصوبة اذ هما من أسباب الارث عند الشافعي

(وإذا كان المذوف محصنا) وهو ميت (جازا لانه الكافر والعبد أن يطالب بالحد خلافا لفرقه هو يقول القذف تناوله معنى الرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا) لأن حد القذف لا يورث (فصار كما إذا كان متناولا له صورة ومعنى) في رجوع العار اليه ولو كان متناولا له صورة ومعنى بأن قذفه قاذف ابتداء (١٩٦) لم يجب عليه الحد لعدم احصان المذوف فكذا إذا تناوله معنى قبل قوله وليس طريقه

الارث غير مفيد له في هذا المقام لانه لو كان طريقه الارث أيضا لم يكن له أن يخاصم لأن المانع عن الارث موجود وهو الكفر أو الرق وقيل تحرير كلامه أن الحد إما أن يجب في هذه الصورة على القاذف لقذفه أم المذوف أو لقذف نفس هذا الابن الكافر لا جاز أن يكون لأجل أمه لأن الحد لا يورث ولا أن يكون لأجل نفسه لانه ليس بمحصن وهو كما ترى (ولنا أنه غيره بقذف محصن) وهو ظاهر لأن فرض المسئلة فيه وكل من غير بقذف محصن جاز أن يأخذ بمجده لانه تعبير على الكمال فيقتضى زاجرا وأشار المصنف الى هذا الكلام بقوله (وهذا لأن الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعبيراً على الكمال ثم يرجع هذا التعبير الكامل الى ولده) جازله أن يأخذ بالحد فان قيل جاز أن يكون المانع موجودا فلا يترتب الحكم على المقتضى أجاب بقوله (والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق) أي استحقاق أهلية الخصومة لأن استحقاقها باعتبار حقوق الشين وذلك

(وإذا كان المذوف محصنا جازا لانه الكافر والعبد أن يطالب بالحد) خلافا لفرقه هو يقول القذف يتناوله معنى الرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما إذا كان متناولا له صورة ومعنى ولنا أنه غيره بقذف محصن فيأخذ بالحد وهذا لأن الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعبيراً على الكمال ثم يرجع هذا التعبير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق بخلاف ما إذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعبير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا (وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ولا لابن أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة المسلمة)

وصار كالوصية لاولاد أو لادفلان لا يدخل أولاد بناته لهذا وجه قول زفر أن ما يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع الولد كولد المذوف معه واعتبره بالخصومة في الكفاة فانه لا خصومة للأب بعد مع وجود الأقرب والجواب منع أن ما يلحق الأقرب فوق ما يلحق الأب بعد بل كل من ينسب الى المذوف بالجزئية لحقه من العار مثل ما يلحق الآخر لا اتحاد الجهة والتبعية بخلاف المذوف مع ولده لانه لحقه العار مقصودا بالالحاق به دون ولده وولد ولده وأما حق خصومة الكفاة فأنما يثبت للأقرب بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصابات فعلم ترتيبهم في ذلك لأن الاسم يشعر به حيث علم أن حكمه ذلك فان قلت قد ظهر الاتفاق على ولاية مطالبة ولد الولد بقذف جده وجمده انما خالف زفر في ذلك عند وجود الأقرب فواجه ما في فاضل خان إذا قال جلدك زان لاخذ عليه فلنا ذلك للإيهام لأن في اجده من هو كافر فلا يكون قاذفا ما لم يعين مسلما بخلاف قوله أنت ابن ابن الزانية لانه قاذف لجده الأدنى فان كان أو كانت محصنة حد (قوله وإذا كان المذوف محصنا جازا لانه الكافر والعبد أن يطالب بالحد خلافا لفرقه) ولكل من قال طريقه الارث يعني إذا كان المذوف ميتا بان وقع بعد موت المذوف لانه لا يورث ولا يطالب به الابن في حال حياة المذوف (هو يقول القذف تناول الابن معنى لا صورة الرجوع العار اليه) وليس الحد الآن والمطالبة به لأجل أمه اذ ليس طريقه الارث عندنا وإذا تناوله معنى فغاية أمره أن يجعل كأنه تناول صورة ومعنى بأن يكون هو المقصود بالقذف ولو كان كذلك لم يكن له المطالبة لعدم احصائه فكذا إذا كان مذكوفاً بمعنى فقط (ولنا أنه) أي القاذف (غيره بقذف محصن) هو أمه أو أبوه (فيأخذ بالحد وهذا لأن الاحصان في) المذوف قصداً وهو (الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعبيراً على الكمال) لانه لا يقع تعبيراً كاملاً الا إذا كان محصناً (ثم يرجع هذا التعبير الكامل الى ولده) فيثبت له حق المطالبة على طريق الاصله للشين الذي لحقه لا للخلافه ثم يترتب على المطالبة إقامة الحد بحلف الله تعالى (والكفر لا ينافي أهلية استحقاق المطالبة بخلاف ما إذا قذفه نفسه) لعدم احصائه فلم يقع التعبير اذ لم يكن محصناً على الكمال والحاصل ان السبب التعبير الكامل وهو باحصان المذوف فان كان حياً كانت المطالبة له أو ميتا طالب به أصله أو فرعه وان لم يكن محصناً لم يتحقق التعبير الكامل في حقه (قوله وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة) أي التي قذفها في حال موتها (ولا لابن أن يطالب أباه) وان علا (بقذف أمه الحرة المسلمة) التي قذفها في حال موتها بان قال رجل لعبد يابن الزانية وأمهم مائة حرة أو قال لابنه أو لابن ابنه وان سفل بعد وفاة أمه يابن الزانية وهو قول الشافعي وأحمد ورواية عن مالك والمشهور عنه ان للابن أن يطالب أباه بقذف أمه وهو قول أبي ثور وابن المنذر لا طلاق آية فأجلدوهم ولانه حد هو حق الله فلا يمنع

موجود في الولد الكافر والمملوك لأن النسبة لا تقطع بالرق والكفر بخلاف ما إذا تناول القذف نفسه فانه لا يوجد التعبير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا قال (وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ولا لابن أن يطالب أباه) أو جده وان علا (بقذف أمه) وجدته وان علت ولأمه ولا جدته وان علت بقذف نفسه

(لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده) قال صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فلما لم يجب القصاص والمغلب فيه حق العبد وسببه متيقن به فلا ينبغي حد القذف والمغلب فيه حق الله وسببه وهو القذف (١٩٧) غير متيقن به لجواز أن يكون

صادقا فيما نسب إليه أولى وقوله (ولو كان لها ابن من غيره) واضح وقوله (وبكل ذلك تشهد الأحكام) أما الأحكام التي تدل على أنه حق العبد فهو أنه يستوفي بالبينه بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الإقرار وكذلك لا يستوفي الإحصومة وإنما يستوفي بحصومة ما هو حقه بخلاف السرقة فإن خصومته هناك للمال دون الحد حتى لو بطل الحد لمعنى الشبهة لا يبطل المال ويقام هذا الحد على المستأن وأما يؤخذ المستأن بما هو من حقوق العباد ويقدم استيفاءه على حد الزنا وحد السرقة وشرب الخمر حتى إن رجلا لو ثبت عليه باقراره الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وفقه عين رجل يبدأ بالقصاص في العين لأنه محض حق العبد وحق العبد مقدم في الاستيفاء لما يلحقه من الضرر بالتأخير لأنه يخاف القوت والله تعالى لا يقوته شيء ثم إذا برئ من ذلك يقام عليه حد القذف وأما الأحكام التي تشهد على أنه حق الله تعالى فهي أن الاستيفاء إلى الإمام والإمام إنما يتعين نائباً في استيفاء حق

لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الأب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له أن يطالب لتحقيق السبب وانعدام المانع (ومن قذف غيره فمات المقدوف بطل الحد) وقال الشافعي لا يبطل (ولومات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقي) عندنا خلافاً له بناء على أنه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع المار عن المقدوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجراً ومنه سمي حداً والمقصود من شرع الزاجر إخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الأحكام وإذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال إلى تغليب حق العبد بتقديم الحق العبد

من أقامته قرابة الولاد وقال مالك إذا حد الأب سقطت عدالة الابن لمباشرة سبب عقوبة أبيه مع قوله تعالى فلا تغفل لهما أف والجواب أن الإطلاق أو الموم مخرج منه الولد على سبيل المعارضة بقوله تعالى فلا تغفل لهما أف والمانع مقدم (ولهذا لا يقاد الوالد بولده) ولا يقطع بسرقة فانتقضت عليه الحد بالإجماع على عدم القطع وصار الأصل لنا عموم الآية أعني قوله تعالى فلا تغفل لهما أف وقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده وأما الإجماع على عدم القطع فلشبهة الملك للأب في المروق فلا يرد على مالك نعم دلالة الإجماع على كونه لا يقاد به لازمة فإن أهدار جنايته على نفس الولد توجب أهدارها في عرضه بطريق أولى مع أن القصاص متيقن بسببه والمغلب فيه حق العبد بخلاف حد القذف فيهما ولضعف الاستدلال بعدم القطع بسرقة مال الابن اقتصر المصنف على قوله ولهذا لا يقاد الوالد بولده وقول المصنف (لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده) استدلال على عدم اعتبار مطالبة العبد لسببه بقذف أمه قيل لأن حق عبده حقه فلا يجوز أن يعاقب بسبب حق نفسه (قوله ولو كان لها) أي لزوجه المينة التي قال لولدها بعد موتها بابن الزانية (ولداً آخر من غيره كان له حق المطالبة) بإجماع الأئمة الأربعة لأن لكل منهم ما حق الخصومة وظهر في حق أحدهما مانع دون الآخر فيعمل المقضي عليه في الآخر ولذا لو كان جماعة يستحقون المطالبة فعفا أحدهم كان للآخر المطالبة به بخلاف عفو أحدهم حتى القصاص يمنع استيفاء الآخر لأن القصاص حق واحد لا يمت موروث للوارثين فباسقاط أحدهما بالعمول لا يتصور بقاؤه لأن القتل الواحد لا يتصور تجزئته أما هنا فالحق في الحد لله تعالى ولكل ولاية المطالبة فلا يبطل باسقاط أحدهما **فرع** يجوز التوكيل بآثبات الحد ومن الغائب في قول أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف وكذا في القصاص لأن خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل وشرط الحد لا يثبت عنه والإجماع أنه لا يصح باستيفاء الحد والقصاص لأنهم أعقوبة تندرج بالشبهات ولو استوفاه الوكيل مع غيبة الموكل كان مع احتمال أنه عفا أو أن المقدوف قد صدق القاذف أو أ كذب شهوده ولا يخفى قصور التعليق الأول لأن حقيقة العفو بعد ثبوت السبب لا يسقط الحد فاحتماله أولى (قوله ومن قذف غيره فمات المقدوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو مات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافاً له بناء على أنه يورث عنده) فيرث الوارث الباقي في مقامه (وعندنا لا يورث ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع المار عن المقدوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص) كالقصاص (فمن هذا الوجه) أي من هذا التعليل (هو حق العبد ثم) نعلم (أنه شرع زاجراً ومنه سمي حداً والمقصود من شرع الزاجر كلها إخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع) اذ لم يختص بهذا الإنسان دون غيره (وبكل) من حق الله وحق العبد في حد القذف (تشهد الأحكام) فباعثه حقا للعبد شرطت الدعوى في أقامته ولم تبطل الشهادة بالتقادم ويجب على المستأن ويقميه القاضي

الله تعالى وأما حق العبد فاستيفاءه إليه ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب ما لا عند السقوط وقوله (لأن مال العبد من الحق الخ) قيل فيه نظر لأنه يلزم أن لا يكون حق العبد قابلاً إذا اجتمع الحقان أصلاً وهو خلاف الأصول والمنقول فإن القصاص مما اجتماع فيه وحق العبد غالب

قال (ومن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه) لأن للقذف فيه حقا في كذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله لأنه لا مكذب له فيه (ومن قال لعربي يابنطى لم يحسد) لأنه يراد به التشبيه في الاخلاق أو عدم الفصاحة وكذا إذا قال لست بعربي لما قلنا (ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف) لأنه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لأن ماء السماء لقب به لصفاته وسخائه

وقوله (ومن أقر بالقذف) من الاحكام التي تشهد بكونه حق العبد وقوله (ومن قال لعربي يابنطى) ظاهر والنبط جيل من الناس بسواد العراق وسئل ابن عباس رضي الله عنهما عن رجل قال لقرشي يابنطى فقال لا أحد عليه وقوله (لما قلنا) يعني قوله لأنه يراد به التشبيه الخ وقوله (لأن ماء السماء لقب به) أي بهذا اللفظ وماء السماء هو لقب أبي المزقياء والمزقياء هو عمرو بن عامر لقب بالمزقياء لأنه كان يمزق في كل يوم حلتين يلبسهما ويكره أن يعود فيهما ويأنف أن يلبسهما غيره وأبوه عامر بن حارثة الأزدي كان يلقب بماء السماء لأنه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء وجودا

قوله (هو عمرو بن عامر) أقول هو من ملوك غسان

فانما قوض الى الامام لان كل أحد لا يمتد الى الضرب الواجب أولا ثم بما يزيد المقذوف في قوته لحنقه فيقع متلفا وانما لا يورث لأنه مجرد حق ليس مالا ولا بمنزلة فهو كخيار الشرط وحق الشفعة بخلاف الفصاح على ما قدمنا وانما لا يصح عفو له لأنه عفو عما هو مولى عليه فيه وهو الاقامة ولأنه متعنت في العفو لانه رضى بالعار والرضا بالعار عار وهذا كما ترى تخريج لبعض الفروع المختلفة ثم لا يخفى ما في تخريج عدم صحة العفو اذا لا يخفى أن كون المقذوف ينتفع به على الخصوص ممنوع بل فيه صيانة أعراض الناس عن خصوص القاذف وصيانة أعراض بعضهم عن بعض على العموم وأن العفو لا يستلزم الرضا بالعار بل قد لا يرضى الانسان بما يكرهه ولا يعاقب عليه فاعله وكونه مولى عليه انما هو في نفس الفعل لا لثمة بسبب حنقه فلا ينبغي أن يعفو فلا يعقل ذلك أصلا وما ذكرنا في ترجيح تغليب حق الله تعالى أوجه مما في الجبازية إن شاء الله تعالى وقول محمدان وقع في موضع أنه حق الناس فقد وقع في آخر أنه حق الله تعالى (قوله ومن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه) لأن للقذف فيه حقا في كذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لأنه لا مكذب له فيه) فبقبل رجوعه وأما التعليل بأنه بالاقرار الحق الشين بالغير وبالرجوع يريد أن يبطل حق الغير فالمعنى أنه أثبت حق الغير ثم يريد أن يبطله فلا يقبل منه فيشكل عليه الرجوع في الاقرار بحق الله تعالى وكونه الحق الشين لا أثر له بل الحاصل أنه لما ألحق الشين ثبت حق الادعى فلا يقبل ابطاله فالحق الشين تأثيره في اثبات حق الادعى ليس غير ثم امتناع الرجوع ليس بالتضمنه ابطال حق الغير (قوله ومن قال لعربي يابنطى) أو قال لست بعربي (لا يحسد) وكذا إذا قال لست من بني فلان وقال مالك يحسد اذا نوى الشتم وعنه اذا قال يارومي لعربي أو فارسي أو يافارسي لرومي أو عربي أو يابن الخياط وليس في آياته خياط يحسد قلنا العرف في مثله أن يرادني المشابهة في الاخلاق أو عدم الفصاحة وأما قذف أمه أو جده من جداته لا يبه فلا يخطر بالبال فلذا أطلقوا في الحسد من غير تفصيل بين كونه حالة الغضب أو الرضا وهذا لأن النسبة الى الاخلاق الدنية مما يشتم به فاذا لم يتعارف مثله في القذف أصلا يجعل في الغضب شتما بهذا القدر ولأن النبطي قد يراد به النسبة الى المكان على ما قال في ديوان الادب النبط قوم يتزلون بسواد العراق فهو كما قال يارستاق ياربن في عرفنا أي باقروى لا يحسده وقال الفقيه أبو الليث النبطي رجل من غير العرب (قوله ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف) وكذا إذا قال يا ابن مزقياء ويا ابن جلا لأن الناس يذكرون هذه اقصد المذح فماء السماء لقب به عامر بن حارثة الغطريف الأزدي لأنه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كما ماء السماء عطاء وجودا ومن يقيم لقب به ابنه عمرو لأنه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما فيكره أن يلبسهما غيره وهو من ملوك غسان وعلى هذا فالانساب أن يكون قول القائل يا ابن مزقياء لازم بالسرف والاعجاب لكن عسرف العامة في مثله أنه جوده وقد لقب بماء السماء أيضا الحسن والصفاء وبه لقيت أم ابن المنذر بن امرئ القيس لذلك وقيل لولدها بنو ماء السماء قال زهير

ولازمت الملوكة من آل نصر * وبعدهم بني ماء السماء

وجمع المصنف بينهما حيث قال لأن ماء السماء لقب به لصفاته وسخائه وأما جلافة استعمال مراد به انسان في قول صحيح

وقوله (واسمعي كان عماله) أي ليعقوب فان اسمعيل واسحق ابنا ابراهيم ويعقوب ابن اسحق فكان اسمعيل عمه فأدخلوه تحت
الآباء فدل على أن المسمى (٣٠٠) أبا قال (ومن قال لغيره زنا في الجبل) بالهمز (وقال عنيت صعود

الجبل حد عند أبي حنيفة
وأبي يوسف وقال محمد
لا يحد لان المهور منه
للسعود حقيقة) واستشهد
المصنف لذلك بقول
الشاعر

* وارق الى الخيرات زنا في
الجبل *
قال (وذكر الجبل بقرره)
أي يقرر الصعود (مرادا)
تأ كيد الكون المهور
للسعود حقيقة

(قوله وأدخلوه تحت
الآباء) أقول أي بنو
يعقوب قال المصنف
(وارق الى الخيرات زنا في
الجبل) أقول أوله

أشبه أبا أمك أو أشبه عمل *
ولا تكون كهلوف وكل
يصبح في مضجعه فد
انجدل *

وارق الى الخيرات زنا في
الجبل

الهلوف الثقيل الخافي
الذي لا خير فيه والوكل
الذي يشكل على الناس
فيما يحتاج اليه والمنجدل
المستند على الارض يريد
انه لا يستيقظ حتى يصبح
قال المصنف (وذكر
الجبل بقرره مرادا)
أقول قال الاتقاني لان سلم
لان الزنا الذي هو الفاحشة

(وان نسبته الى عمه أو خاله أو الى زوج أمه فليس بقاذف) لان كل واحد من هؤلاء يسمى أبا
أما الاول فلعله تعالى نعتا له كونه أباً لك إبراهيم واسمعي واسحق واسمعي كان عماله والناساني
لقوله عليه السلام الخال أب والثالث للتربية (ومن قال لغيره زنا في الجبل وقال عنيت صعود الجبل
حدوه هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يحد) لان المهور منه للصعود حقيقة قالت امرأة
من العرب * وارق الى الخيرات زنا في الجبل * وذكر الجبل بقرره مرادا

انا ابن جلا وطلاع الثنايا * متى أضع العمامة تعرفوني
وكلام سيبويه يفيد أنه ليس علمه بل وصف حيث قال جلا هنا فعل ماض كأنه قال انا ابن الذي جلا أي
أوضح وكشف وأما قول الفلاح * انا الفلاح بن جناب بن جلا * فيجتمل كونه علم القباو كونه وصفاً أيضاً
ثم انه انما يراد به التشبيه في كشف الشدائد وإمالة المكاره فلا يكون قذفاً هذا وقد ذكر أنه لو كان
هناك رجل اسمه ماء السماء يعني وهو معروف بحد في حال السباب بخلاف ما اذا لم يكن فان قيل اذا كان
قد سمي به وان كان للسخاء والصفاة فينبغي في حالة الغضب أن يحمل على النفي لكن جواب المسئلة
مطلق فالجواب انه لما لم يعد استعماله لذلك القصد يمكن أن يجعل المراد به في حالة الغضب التكميم به
عليه كما قلنا في قوله لست بعربي لما لم يستعمل في النفي يحمل في حالة الغضب على سبه بنفي الشجاعة
والسخاء عنه ليس غير (قوله وان نسبته امه أو خاله أو زوج أمه فليس بقاذف لان كل واحد من
هؤلاء يسمى أبا فالاول) وهو تسمية المأبأ (لقوله تعالى والله أبائك إبراهيم واسمعي واسحق واسمعي كان
عماله) أي ليعقوب عليهم الصلاة والسلام (والثاني لقوله عليه الصلاة والسلام الخال أب) قالوا هو
غريب غير أن في كتاب الفردوس لابي شجاع الديلمي عن عبد الله بن عمر مرفوعاً الخال والدم من لا والله
(والثالث للتربية) وقيل في قوله تعالى ان ابني من أهلي انه كان ابن امرأته (ومن قال لغيره زنا في الجبل
وقال عنيت صعود الجبل) والحالة حاله الغضب وسيظهر أن هذا القيد مراد لا يصدق (ويحد عند
أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يحد لان المهور منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب
* وارق الى الخيرات زنا في الجبل *) والزنا وان كان يهمز فيقال زنا على ما سلف لكن ذكر
الجبل يقرر الصعود مرادا وقوله قالت امرأة من العرب هو على ما قال ابن السكيت قالت امرأة من
العرب ترقص ابناها * أشبه أبا أمك أو أشبه عمل * تريد على

ولا تكون كهلوف وكل * يصبح في مضجعه فد انجدل * وارق الى الخيرات زنا في الجبل
وأما على قول شارح إصلاح المنطق فقال انما هي لرجل رأى ابنه ترقصه أمه فأخذ منه يدها وقال
أشبه أبا أمك الابيات وهذا الرجل قيس بن عاصم المنفري أي كن مثل أبي أمك أو مثل عمي فحذف
المضاف اليه والمراد كن مثل أبي أمك أو مثلي وكان أبو أمه شريفاً سيداً وهو زيد الفوارس بن ضرار الضبي
وأمه منقوسة بنت زيد الفوارس قال فأخذته أمه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول

أشبه أخى أو أشبهن أباكا * أما أبي فلن تسالناكا

تقصير عن مثله يداكا * والله بالنعمة قدوالاكا

والهلوف بكسر الهاء وتشديد اللام مفتوحة الثقل والوكل الذي يشكل على غيره فيما يحتاج اليه وذكر في
النهاية قوله أو أشبهه جل بالجيم وقال هو اسم رجل هو أبو يحيى من العرب وهو جل بن سعد والوكل العيال

على

قد يقع في الجبل أيضاً اه وهذا هو مرادهما (قوله وارق الى الخيرات) أقول أي بادري الى فعل

الخيرات لترفع بها وتذكر كما يرتأ المرتقي في الجبل (قوله زنا) أقول أي صعودا (قوله تأ كيد الكون المهور الخ) أقول حيث
قال بقرره دون بعين

وقوله (ولهما أنه يستعمل الخ) واضح وقيل كلامه يشير إلى أن المهموز مشترك بين الفاحشة والصعود وحالة الغضب والسبب تعين أحد المحلين عندهما وعند محمد أنه حقيقة في الصعود مجاز في الفاحشة وحينئذ يترجح قوله لأن اللفظ إذا دار بين كونه مشتركاً وحقيقة ومجازاً فالثاني يترجح على الأول لعدم إخلاله بالفهم ولأن الباب باب الحد فيجوز للدخول وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله إذا كان مقرراً بكلمة على وقوله (للمعنى الذي ذكرنا) إشارة إلى قوله وحالة الغضب والسبب (٣٠١) تعين الفاحشة مراداً (قوله ومن قال

لا خبراً زاني) ظاهر واعتراض

على قوله فيصير الخبر المذكور في الأول مذكوراً في الثاني بأن المراد بالاول هو قوله يازاني ومائة خبر أصلاً والجواب أن المراد بالخبر الجزء وحينئذ يستقيم الكلام لأن الخبر جزء أخص فيجوز أن يستعار للاعم

(قوله وحينئذ يترجح قوله) أقول يعني يترجح قول محمد رحمه الله (قوله فالثاني يترجح على الأول) أقول نعم إذا لم يقم دليل على الأول وهنا الدليل موجود وهو قوله لأن من العسر الخ فتأمل قال المصنف (ولو قال زنا على الجبل قبل لا يجحد لما قلنا) أقول من أنه يتعين الصعود بالارادة إذا كان مقروناً بكلمة على قال الامام السرخسي في ميسوطه وكذلك إذا قال زنا على الجبل يلزمه الحد وكذلك إذا قال زنا في الجبل إلا أن محمداً يقول أهل اللغة إذا استعملوا الكلمة بمعنى الصعود يصلون به حرف في لا حرف على أنه فيه تأمل قال المصنف (وقيل يحد

ولهما أنه يستعمل في الفاحشة مهموزاً أيضاً لأن من العرب من يهـ من الملبين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسبب تعين الفاحشة مراداً بمنزلة ما إذا قال يازاني أو قال زنا وتذكر الجبل انما يتعين الصعود مراداً إذا كان مقروناً بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنا على الجبل قبل لا يجحد لما قلنا وقيل يجحد للمعنى الذي ذكرناه (ومن قال لا خبر يازاني فقال لا بل أنت فانه ما يجحدان) لأن معناه لا بل أنت زان اذهى كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الأول مذكوراً في الثاني

على غيره (ولهما أنه يستعمل في الفاحشة مهموزاً أيضاً) على ما أسلفنا (لأن من العرب من يهـ من الملبين) أي اللين في غير التقاء الساكنين كقول العجاج * وخندف هامة عذا العالم * ومنه قوله * صراف قد هيجت شوق المشتق * لأنه اسم فاعل وزال المانع من الكسر بالهمز وأما نحو قطع الله أديمه أي يديه فالتمثيل به بناء على أن المراد بحرف اللين أو الملبين حرف العلة لكن الاصطلاح على أنه حرف العلة بقيد السكون وقديم مزون في الالتقاء على حده وان كان على خلاف الجادة يقال أبة وشابة وفري ولا الضالين شاذاً وان كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة وبمعنى الصعود وحالة الغضب والسبب تعين الفاحشة مراداً وهذا ما ذكرنا من أنه سيظهر إرادة قيد الغضب في جواب المسئلة فكان كما لو قال يازاني أو زنا فإنه يجحد اتفاقاً وقوله (وذكر الجبل به من الصعود مراداً) قلنا انما يتعين ذلك إذا كان مقروناً بكلمة على فيقال زنا على الجبل ولا يخفى أنه مما يمنع بل يقال زنا في الجبل بمعنى صعدت ذكره في الجهرة وغيرها والبيت المذكور معلوم أن المراد فيه ليس إلا الصعود وهو بلفظة في بل الجواب منع أن ذكر الجبل يعني الصعود فان الفاحشة قد تقع في الجبل أي في بعض بطونه وعلى الجبل أي فوقه كما قد تقع على سطح الدار ونحوه فلم يكن ذكره قرينة مانعة من إرادة الفاحشة فبقى الاحتمال بجمله وترجح إرادة الفاحشة بقرينة حال السبب والخاصة (ولو قال زنا على الجبل) والباقي بحاله أي في حال الغضب (قيل لا يجحد لما قلنا) آنفاً ذكر لفظه على تعين كون المراد الصعود (وقيل يحد) للمعنى الذي ذكرناه وهو حالة الغضب والسبب وهو الواجب وقد عرف من تقييد جواب المسئلة بحالة الغضب أن في حالة الرضا لا يجب الحد لا يجب بالشك بل لا داعي فالظاهر عدم إرادة السبب (قوله ومن قال لا خبر يازاني فقال لا بل أنت فانه ما يجحدان) إذا طالب كل منهما إلا أن لا يخر لهما فاذقان وإذا طالب كل الآخر وأثبت ما طالب به عند الحاكم لم يهـ حينئذ حق الله تعالى وهو الحد فلا يتمكن واحد منهما من إسقاطه فيحد كل منهما بخلاف ما لو قال له مثلاً يا خبيث فقال له بل أنت تكافأ ولا يعسر كل منهما إلا أن لا يخر لهما التعزير لحق الأدي وقيل وجب له عليه مثل ما وجب للآخر فساقطاً أما كون الأول قاذفاً فظاهر وأما الثاني فلأن معناه لا بل أنت زان ولذا لو كان المحبب عبداً فله خاصة لأنه قاذف بقوله بل أنت والحر وإن كان قاذفاً أيضاً لكن لا يجحد بقذف العبد قال المصنف (اذهى) يعني بل (كلمة عطف يستدرك بها الغلط) يعني في التركيب الاستعمالية (فمصر الخبر المذكور في الأول) أي في التركيب الأول إذا كان خبرياً (مذكور في الثاني) فإذا قال زيد قام أو قام زيد لا بل عمرو فقد وضع عمر في التركيب الأول موضع زيد فيصير ذلك الخبر وهو الفعل المتأخر أو المتقدم خبراً عنه ولم يرد بالاول

(٣٦ - فتح القدير رابع) للمعنى الذي ذكرناه) أقول فهذا القائل لا يسمي تعين الصعود حين المقارنة بكلمة على إلا في حالة غير السبب فليتأمل (قوله واعتراض على قوله فيصير الخبر المذكور إلى قوله ومائة خبر أصلاً) أقول الاعتراض لا يتقانى إلا أنه يجوز أن يقال قوله يازاني يتضمن معنى قوله أنت زان فمراده بالخبر المذكور في الأول هو الخبر المذكور ضمننا بل نقول ليس مراد القائل حقيقة النداء بل الحكم عليه بأنه زان فهو مستعمل فيه بقرينة الحال فلا إشكال

(ومن قال لامرأته بازانية فقالت لا بل أنت) على ما ذكره في الكتاب ظاهر (قوله لان المحدود في القذف ليس بأهل للعان) دليله ان أهلية العان تعتمد أهلية الشهادة وإقامة حد القذف تبطل أهلية شهادة المحدود في القذف وقوله (ولا يبطل في عكسه أصلاً) يعني لو قدمنا اللعان لا يبطل حد القذف (٢٠٣) عن المرأة لان احصان الرجل لا يبطل بحريان اللعان بينهما - ما غاية ما في

الباب أن اللعان في حق الرجل قائم مقام حد القذف ولكن لا يخرج به عن ان يكون عفيفاً عن فعل الزنا فيجب حد القذف على المرأة احتيالا لدرء اللعان الذي هو بمعنى الحد وقوله (ولو قالت زنت بك) يعني في جواب قوله لها بازانية وقوله (وانعدام التصديق من الزوج وقوله) ويحتمل انها أرادت زناى ما كان معها بعد النكاح) اعترض عليه بأن الوطء بعد النكاح لا يسمى زنا فلا يصلح محملاً وأجيب بأن الزنا يطلق على ذلك بطريق المشاكلة كما في قوله تعالى بل يدها مبسوطة على رجلها على ذلك التركيب فـرط غيظها باطلاً تلك الكلمة وعلى هذا الاعتبار لا تكون مصدقة لزوجها فيجب اللعان على الزوج ولا يجب الحد على المرأة ففي حال لا يجب الحد عليها ويجب اللعان على الزوج وفي حال يجب الحد عليها ولا يجب اللعان فوقه الشك وجاء ما قلنا انه لا حد ولا لعان

(ومن قال لامرأته بازانية فقالت لا بل أنت حدثت المرأة ولا لعان) لان - ما قلنا فان وقذفه بوجوب اللعان وقذفها الحد وفي البداية بالحد يبطل اللعان لان المحدود في القذف ليس بأهل له ولا يبطل في عكسه أصلاً فيحتمل لدرء اللعان في معنى الحد (ولو قالت زنت بك فلا حد ولا لعان) معناه قالت بعد ما قال لها بازانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها أرادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها بآية وانعدامه منه ويحتمل أنها أرادت زناى ما كان معها بعد النكاح لاني ما مكنيت أحدًا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود الدالة - ذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا (ومن أقرب ولد ثم نفاه فانه بلا عن) لان النسب لزمه باقراره وبالتالي بعده صار قاذفاً فيلاعن (وان نفاه ثم أقربه حد) لانه لما كذب نفسه بطل اللعان لفظ بازاني بل هو اعطاء النظم معنى أى هي كاذبة واذا كانت كذلك فيصير واصفاً للتكلم الاول بما وصفه به وأخبر عنه به معنى لان بازاني في معنى ادعوك وأنت زان (قوله ومن قال لامرأته بازانية فقالت لا بل أنت حدثت المرأة خاصة) اذا ترافعا (ولا لعان لانهما قاذفان وقذف الرجل زوجته بوجوب اللعان وقذفها آية بوجوب الحد عليها) والاصل ان الحدين اذا اجتماعا في تقديم أحدهما اسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالا لدرء اللعان قائم مقام الحد فهو في معناه وبتقديم حد المرأة يبطل اللعان لانها نصير محدودة في قذف واللعان لا يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها لانه شهادة ولا شهادة للمحدود في القذف وبتقديم اللعان لا يسقط حد القذف عنها لان حد القذف يجري على الملاعة ولهذا لو قال لها بازانية بنت الزانية فخاصته الام فحد سقط اللعان لانه شهادة فلو خاصته المرأة ولا لعان القاضي بينهما فاذا خاصته الام بعده حد للقذف فقد مناه الحد راء اللعان الذي هو في معناه (ولو) كانت (قالت) في جواب قوله بازانية (زنت بك فلا حد ولا لعان لوقوع الشك في كل منهما لانه يحتمل انها أرادت الزنا قبل النكاح) فتكون قد صدقت في نسبتها الى الزنا فيسقط اللعان وقذفه حيث نسبته الى الزنا ولم يصدقها عليه وهذا معنى قوله (وانعدامه منه) أى انعدام التصديق منه فيجب الحد دون اللعان (ويحتمل انها أرادت زناى ما كان من تمكيني اياه بعد النكاح) وهذا كلام يجري بين الزوجين في العادة يجري مجاز المشاكلة مثل قوله وجزا سبعة سبعة مثلها فان فعلها معه بعد الزوجة ليس زنا كما ان الجزاء ليس سبعة ولكن أطلق عليه اسمه للشاكلة حين ذكره وعلى هذا لا حد عليهما لانهم لم تقذفه ويجب اللعان لانه قذف زوجته فعلى تقدير يجب الحد دون اللعان وعلى تقدير يجب اللعان دون الحد والحكم بتعين أحد التقديرين بعينه متعذر فوقه الشك في كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك وهذا معنى قوله (فجاء ما قلنا) أى من انه لا حد ولا لعان ولولا أن مثل قوله ما معلوم لوقوع من المرأة على كل من القصدين عند ابتدائه آياها بالانفاضة لوجب حدها بالبنية عينا بقذفها آياها بالنسبة الى الزنا فنصرف الى الحقيقة ومذهب الشافعي في مثله الكتاب ان تخلف الزوجة انهم لم تردوا لقرار الزنا ولم ترد قذفه ويكتفي بيمين واحدة في وجهه وعلى الزوج الحد دون اللعان لان هذا منهن ليس اقراراً صريحاً بالزنا وبقولنا قال أحد ولو ابتدأت الزوجة فقالت لزوجها زنت بك ثم قذفها الزوج لا حد عليه ولا لعان وهذا ظاهر (قوله ومن أقرب ولد ثم نفاه فانه بلا عن) فان النسب لزمه باقراره وبالتالي بعده صار قاذفاً لزوجته فيلاعن (وان نفاه) ولا ثم أقربه قبل اللعان يحذف لانه لما كذب نفسه بطل اللعان الذي كان وجب بنفسه للولد

لان

(قوله ما في الباب ان اللعان الخ) أقول كما مر في باب اللعان قال المصنف (وهو المراد في مثل هذه الحالة) أقول أى يجوز ارادته وانما قال لدفع ما عسى يقال انه لا مجال لتلك الارادة لان ما كان معه بعد النكاح وطء حلال ليس زنا

قوله (لانه) أي اللعان (حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف) لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية (واذا بطل التكاذب) با كذاب الرجل نفسه (بصار الى الاصل والولد ولده في الوجهين) أي في الوجه الذي أقر ثم نفي وعكسه قوله (لاقراره به سابقا ولا حقا) أي لاقرار الزوج بالولد سابقا على النفي فيما إذا أقر ثم نفي أولا حقا فيما إذا انقاه ثم أقره وقوله (واللعان يصح بدون قطع النسب) جواب عما يقال ان سبب اللعان هنا هو نفي الولد فلما لم ينتف الولد وجب ان لا يجري بينهما ما لللعان لان بطلان المتضمن يقتضي بطلان المتضمن ووجهه ان قطع النسب ليس من ضرورة (٣٠٣) اللعان فاعتبر كل واحد منهما بما أي

من نسبته الى الزنا ومن نفي الولد منفصلا عن الاخر فصاركه نسبها الى الزنا من غير نفي الولد بان قال بازانية وفيه اللعان فكذا ههنا ألا ترى أنه اذا تطاولت مدة ولادة منكوحته على حسب ما اختلفوا فيه ثم قال ليس بابني فانه يلاع عن مع ان سبب اللعان نفي الولد ولم ينتف الولد لانه صار بمنزلة قوله أنت زانية قوله (وان قال ليس بابني ولا بابنك) ظاهر وقوله (أو قذف الملاعنة بولد) بفتح العين كذا نقله صاحب النهاية بخط شيخه ويجوز أن يكون بكسر العين ومعناه التي لا عنت بولد كذا في الكافي وقوله (بولد) يتصل بالملاعنة وقوله (ففات العفة نظرا اليها) أي الى امارة الزنا (وهو) أي العفة وذكره نظرا الى قوله شرط ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف على القاذف وهي فائنة فلا يجب الحد

لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب صار الى الاصل وفيه خلاف ذكرناه في اللعان (والولد ولده) في الوجهين لاقراره به سابقا ولا حقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد (وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان) لانه أنكر الولادة وبه لا يصح يرقا ذفا (ومن قذف امرأة ومعها أولاد لم يعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد والولد حي أو قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه) لقيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لأب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط الاحصان

(لان اللعان حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب) بين الزوجين في زنا الزوجة (والاصل فيه) أي في اللعان ما هو الا (حد القذف) لانه قذفها (فاذا بطل) الخلف ببطلان (التكاذب صير الى الاصل) فيحد الرجل وقوله (وفي خلاف ذكرناه في اللعان) الذي ذكره في اللعان انه اذا كذب نفسه بعد اللعان بنفي الولد وتفرق القاض وحله ان يتزوجها وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هو تحريم مؤبد وقوله (والولد ولده في الوجهين) أي ما اذا أقر بالولد ثم نفاه وما اذا انقاه أولا ثم أقر به (لاقراره به سابقا) فيثبت ولا ينتفي بما بعده (أولا حقا) في الثانية فيثبت به بعد النفي وقوله (واللعان يصح بدون قطع النسب الخ) جواب سؤال هو أن يقال ان سبب اللعان ليس الا نفي الولد فان لم ينتف كيف يجب اللعان فتعال ليس من ضرورة اللعان بنفي الولد قطع النسب الا يرى أنه لو نفاه بعد ان تطاولت المدة بعد الولادة فانه يلاع ولا يقطع النسب (كما يصح بولاد) أصلا بان قذفها بالزنا ولا ولد فانه يلاع ولا ولد هناك يقطع نسبه وأما أنه لو نفي نسب ولدها أمر أنه لا يسه فانه ينتفي النسب فيثبت انفكالك اللعان عن قطع النسب من الجانبين فصحيح لكن لا دخل له في الجواب (قوله وان قال) أي الزوج الذي جاءت زوجته بولد (ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه) اذا أنكر انه ابنها (أنكر الولادة) فكان نفي كونه ابنه لنفي ولادتها اياه ونفي ولادتها لا يصير قاذفا لانه انكار للزنا منها (قوله ومن قذف امرأة ومعها أولاد لم يعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد والولد حي) وقت القذف أو ميت (فلا حد عليه) أما لو قذف ولد الملاعنة نفسه أو ولد الزنا فانه يحد ولو أنه بعد اللعان ادعى الولد فقد أولم يحد حتى مات فثبت نسب الولد منه فقد نفيها بعد ذلك قاذف غيره أو هو قبل موته حد ولا يحد الذي قذفها قبل تكذيب نفسه وكذا لو قامت البينة على الزوج أنه ادعاه وهو يتكبر يثبت النسب منه ويحد ومن قذفها بعد ذلك يحد لانها خرجت عن صورة الزواني ولو قذفها الزوج فرافعته وأقامت بينة أنه كذب نفسه حد لان الثابت بالبينة كالشابت باقرار الخصم أو بمعاينة وجه عدم الحد في ذات الاولاد قيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لأب له ففاتت العفة نظرا اليها أي الى امارة (وهي) أي العفة (شرط) واعلم انه ان صح ما رواه الامام أحمد وأبو داود في حديث هلال بن أمية من قوله وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يدعى ولدها لابل ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه

قال المصنف (واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد) أقول في الكافي وينتفي النسب بدون اللعان كما لو نفي نسب امرأته الامة ينتفي النسب ولا يجري اللعان اه فانفك اللعان عن قطع النسب وجودا وعدما (قوله على حسب ما اختلفوا فيه) أقول كما مر في باب اللعان (قوله ومعناه التي لا عنت بولد كذا في الكافي) أقول يعني في الكافي للنسبي (قوله ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف الخ) أقول لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية

وقوله (ولو قذف امرأة لا عنت بغير ولد) ظاهر فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فقد وجد اماره الزنا منها فينبغي أن يسقط الحد عن القاذف نظر الى هذا قلنا بلى لكنه قائم مقام حد القذف في جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقط ابقي القذف سالماعن المعارض فوجب الحد على القاذف قال صاحب النهاية ووجدت بخط شيخني في جواب هذه الشبهة قلنا نعم ان اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا لكن بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فكانت هي محصنة بالنسبة الى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها قال (ومن وطئ وطأ حراما في غير ملكه) اعلم ان الوطء الحرام بالقسمة الاولى على نوعين أحدهما حرام لعينه والاخر لغيره والاول منذاً (٣٠٤) حرمة شيان حصوله في غير الملك من كل وجه كوطء الأجنبية أو من وجه

كوطء الجارية المستركة بينه وبين غيره وحصوله في امرأة هي حرام على الواطئ حرمة مؤبدة كوطء أخته وهي أخته من الرضاع وما سوى ذلك فهو من النوع الثاني كوطء أخته المحوسية ووطء أخته الاختين والقاذف في النوع الاول بوجهيه لا يحد حد القذف لقوات العفة وهو شرط الاحصان ولان القاذف صادق

(ولو قذف امرأة لا عنت بغير ولد فعليه الحد) لانعدام اماره الزنا قال (ومن وطئ وطأ حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه) لقوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه

الحد وكذا ما رواه أحمد أيضاً من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قضي رسول الله صلى الله عليه وسلم في ولد المتلاعنين انه يرث أمه وترثه أمه ومن رماها به جلدت ثمانين أشكل على المذهب والائمة الثلاثة جعلوا قذف الملاعنة بولد كقذف الملاعنة بولد (ولو قذف امرأة لا عنت) بغير ولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا وثبوت امارته فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فكانت كالحدة بالزنا فلا يحد قاذفها أجيب بأنه قائم مقام حد الزنا بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فهي محصنة في حق غيره ألا ترى ان اللعان في حقه قائم مقام حد القذف بالنسبة اليها لا الى غيرها حتى قبلنا شهادته ولا يعلم خلاف في ذلك الا أن الشافعية في وجهه انه اذا قذفها أجنبي بذلك الزنا الذي لا عنت به لا يحد واعترض بأن مقتضاه أن لا يحد الزوج لو قذفها بعد اللعان لكن المنصوص في الاصل انه يحد بل الحق انهم يسقط احصانها بوجه وقولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها انما يقتضي ان لا يحد قاذفها لو كان معناه انه وجب عليها الحد وجعل اللعان بدله وليس كذلك لانه لا يجب الحد بمجرد دعوى الزنا عليها مع العجز عن اثباته ليسقط احصانها وانما هو ليستفي الصادق منها حيث يتضاعف به على الكاذب عذابه بأن يضاف الى عذاب الزنا عذاب الشهادات المؤكدة بالايمان الغموسة أو يضاف ذلك الى عذاب الافتراء والقذف بخلاف ما اذا كان بنى الولدان اماره الزنا قائمة فأوجب ذلك وقد أول قولهم بما لا يشرح صدره ولا يرفع اصرا فالحق ان كونه قائما مقام حد القذف في حقه ظاهر غير محتاج الى تأويل وأما الجانب الآخر ففيه تساهل لا يرتفع وورود السؤال انما هو بناء على انه كلام حقيقي على ظاهره وليس كذلك فلا ورود له (قوله ومن وطئ وطأ حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه) لقوات العفة وهي شرط الاحصان) شبهه بالشرط لما لم يكن بحيث يحصل عنده الاحصان بل هو مجموع أمور العفة أحدها فهو جزء مفهوم الاحصان بالحقيقة (ولان القاذف صادق) لان الوطء في غير الملك زنا كذا قيل وهو قاصر على ما اذا قذفه بذلك الزنا بعينه أو أبهم اما اذا قذفه بغيره فانه لا يعلم صدقه فيه فيحد والحكم ليس كذلك بل المنصوص ان من قذف زانية لا حد عليه سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بترتا آخر أو أبهم نص عليه في أصل المبسوط خلافا لابراهيم وابن أبي ليلى وجه قولنا ان النص انما أوجب الحد على من رمى المحصنات وفي معناه المحصنين وبالزنا لا يبيح الاحصان فريمه رمى غير المحصن ولا دليل بوجوب الحد فيه نعم هو محرم وأذى بعد التوبة فيعزر (والاصل)

(قوله فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا) أقول كما سبق في باب اللعان وأجاب الاتقاني عن هذا السؤال بأن معنى قولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها أن الزنا لو ثبت منها لحدت ولكن لما لم يثبت لم تحدد المرأة حد الزنا ولم يحد الرجل حد القذف فأجرى اللعان بينهما مقام ذلك مقام حد الزنا في حقها ومقام حد القذف

في حقه بآية اللعان من هذا الوجه حيث لم يحد أحد منهما وليس معناه ان اللعان كاجراء الحد لا يرى ان فيها التفريق بينهما انما وقع باعتبار انهما محصنة لانهم الوطء تعتبر محصنة لم يجر اللعان بينهما أصلاً فاذن كذا اللعان احصانها فحال أن يسقط الاحصان عما بنا كذب اه قلنا بلى لكنه الى قوله فتعارض الوجهان فتساقط الخ) أقول واعترض عليه الاتقاني بأنها اذا كانت محصنة من وجه غير محصنة من وجه فجهة كونها غير محصنة تكون شبهة في اسقاط الحد عن قاذفها لان الشبهة مسقط للحد لا موجبة فينبغي على هذا ان لا يجب الحد على القاذف اه وقد مر من الشارح في باب الشهادة على الزنا ما يقارب هذا فتذكر

أن من وطئ وطأ حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه وإن كان محرما لغيره
يحد لانه ليس بزنا فالوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في الملك والحرمه
مؤبده فان كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره وأبو حنيفة يشترط أن تكون الحرمة المؤبده ثابتة
بالاجماع أو بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد (وبيانه أن من قذف رجلا وطئ جارية مشتركة
بينه وبين آخر فلا حد عليه) لانعدام الملك من وجه (وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها) لتحقق
الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد

فما يعرف به الوطء المحرم الذي يسقط الاحصان والوطء المحرم الذي لا يسقطه (أن من وطئ وطأ حراما
لعينه لا يجب الحد بقذفه) على قاذفه (لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه) فاذا وقع فيه كان زانيا فيصدق
قازفه فلا يكون فرية وهو الموجب للحد (وإن كان) وطئ وطأ (محرما لغيره يحد) قازفه لانه وإن كان محرما
ليس بزنا اذا عرف هذا فالحد المحرم (لعينه هو الوطء في غير الملك من كل وجه كوطء الحرة الأجنبية
والمكرهة أعني أن الموطوءة اذا كانت مكرهة يسقط احصانها فلا يحد قازفها فان الاكره يسقط
الانحرول يخرج الفعل به من أن يكون زنا فلا يسقط احصانها كما يسقط احصان المكره الواطئ ذكره
في المبسوط وأمة غيره (أو من وجه) كالامة المشتركة بين الواطئ وغيره وكذا الوطء في الملك والحرمه
مؤبده كوطء أمته التي هي أخته من الرضاع ولو كانت الحرمة مؤقتة كالامة المروجة والامة المجوسية
وووطء أمته الاختين أو الزوجة في حالة الحيض أو النفاس فالحرمة لغيره (وأبو حنيفة يشترط) في ثبوت
حد القاذف للواطئ في الحرمة المؤبده (كون تلك الحرمة المؤبده ثابتة بالاجماع) كوطوءة أبيه بالنكاح
أو بملك اليمين فلو تزوجها الابن أو اشترى فوطئها لا يحد قازفه وكذا اذا تزوج امرأتين لا يحل له الجمع
بينهم في عقدة أو جمع بين أختين وطأ بملك عيني أو نكاح أو بين امرأه وعمتها أو خالتها أو تزوج أمة على
حره أو جمعها في العقد فوطئ الأمة فلا حد على قاذفه بخلاف ما لو نظر الى داخل فرج امرأه أو مسها
بشهوة بحيث انتشر معه ذكره ثم تزوج بنتها أو أمها أو اشترى فوطئها حد قاذفه عند أبي حنيفة وهو
قول الأئمة الثلاثة ولا يحد عندهما التأيد الحرمة ولا اعتبار للاختلاف كما لو اشترى مربية أبيه فوطئها
فيسقط احصانها وحرمة المصاهرة بالزنا مختلف فيها بين العلماء وأبو حنيفة انما يعتبر الخلاف عند عدم
النص على الحرمة بأن ثبتت بقياس أو احتياط كنبوتها بالنظر الى الفرج والمس بشهوة لان ثبوتها لاقامة
السبب مقام السبب احتياط فهي حرمة ضعيفة لا يفتني بها الاحصان الثابت بيقين بخلاف الحرمة
الثابتة بزنا الاب فانها ثابتة بظاهر قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فلا يعتبر الخلاف
فيها مع وجود النص وكذا ووطء الاب جارية ابنه مسقط للاحصان وقوله (أو بالحديث المشهور) مثاله
حرمة ووطء المنكوحه للاب بلا شهوة وعلى الابن بناء على ادعاء شهرة حديث لانكاح الاب شهوة ولذا لم
يعرف فيه خلاف بين العصاية وحرمة ووطء أمته التي هي خالته من الرضاع أو عمته لقوله عليه الصلاة
والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (قوله بانه) شروع في تفريع فروع أخرى على الاصل
(اذا قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لا حد عليه لانعدام الملك من وجه) فالقاذف صادق
من وجه فيندرى الحد للشبهة المقارنة لثبوت الموجب بخلاف رجوعه فانه وإن كان الرجوع بوجوب
شبهة في الاقرار الاول لا يعمل هنا فانه لما يقارنه بل وقع متأخرا والقرض ان بالقرار تفرحق آدمي
لم تعمل الشبهة اللاحقة لان الشبهة اللاحقة بعد تفرحق آدمي لا ترفعها فلهذا لم يعتبر الرجوع
عاملا في انسقاط الحد (قوله وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها) أو رجلا زنى في نصرانيتها فانه لا يحد
والمراد قذفها بعد الاسلام بزنا كان في نصرانيتها بأن قال زنت وأنت كافرة وكذا لو قال لمعتق زنى وهو
عبد زنت وأنت عبد لا يحد كما لو قال قذفتك بالزنا وأنت كابية أو أمة فلا حد عليه لانه انما قرأته قذفها

لأن الزنا هو الوطء المحرم
لعينه (وأبو حنيفة شرط
أن تكون الحرمة المؤبده
ثابتة بالاجماع) كوطوءة الاب
بعد ملك النكاح أو ملك
اليمين اذا اشترى ابنته
فوطئها لا يحد قازفه (أو
بالحديث المشهور) حرمة
وطء المنكوحه بلا شهوة
فانها ثابتة بقوله صلى الله
عليه وسلم لا نكاح
الا بالشهود وهو مشهور
وفي النوع الثاني يحد لان
الحرمة فيه بعارض على
وجه الزوال ألا ترى ان
المجوسية اذا أسلمت أو
أخرج احدي الاختين عن
ملكه حل له الوطء فلم يكن
زنا فيحد قازفه وبقيته
كلامه ظاهر

وقوله (وهذا هو الصحيح)
 احتراز عن قول الكرخي فانه
 يقول بوطئها لا يسقط احصائه
 لان حرمة الفعل مع قيام
 الملك الذي هو المبيع لا يسقط
 احصائه كوطء امرأته الخائض
 أو المجوسية أو التي ظاهر منها
 أو المحرمة أو أمته التي زوجها
 وهي في عدة من غير لان
 ملك الحل قائم ببقاء سببه
 ووجه ظاهر الرواية أن بين
 الحل والحرمة تنافيا فن
 ضرورة ثبوت أحدهما
 ينتفي الآخر والحرمة المؤبدة
 فائنة فينتفي الحل وقوله
 لان ملك الحل قائم بقاء
 سببه قلنا السبب لا يوجب
 الحكم الا في محل قابل له
 واذا لم يكن المحل قابلا للحل
 في حقه لا يثبت ملك الحل
 فكان فعله في معنى الزنا
 وقوله (لكان اختلاف
 الصحابة) يعني في أنه مات
 حرا أو عبدا على ما يجيء في
 كتاب المكاتب ان شاء الله
 تعالى وقوله (وقد مر في
 النكاح) أي في باب نكاح
 أدل الشرك وقوله (فقد زف
 مسلما) جواب ظاهر
 الرواية وعلى قول أبي حنيفة
 أولا لا يحد لان المقلب فيه
 حق الله تعالى على ما ذكرنا
 فكان بمنزلة حد الزنا وجه
 ظاهر الرواية ما ذكره في
 الكتاب وهو واضح

(ولو قذف رجلا أتى أمته وهي مجوسية أو امرأته وهي حائض أو مكاتبة فعليه الحد) لان الحرمة مع
 قيام الملك وهي مؤقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن أبي يوسف ان وطء المكاتبة يسقط
 الا حصان وهو قول زفر لان الملك زائل في حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول ملك الذات
 باق والحرمة لغيره اذهى مؤقتة (ولو قذف رجلا ووطئ أمته وهي أخته من الرضاعة لا يحد) لان
 الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح (ولو قذف مكاتبات وترك وفاء لاحد عليه) انمكن الشبهة في الحرية
 لكان اختلاف الصحابة (ولو قذف مجوسيات زوج بأمه ثم أسلم يحد عند أبي حنيفة وقال لا حد عليه)
 وهذا بناء على ان تزوج المجوسى بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح
 (واذا دخل الحربى دارا بأمان فزف مسلما) لان فيه حق العبد وقد التزم ايقام حقوق العباد
 ولانه طمع في أن لا يؤذى فيكون ملتزما أن لا يؤذى وموجب اذاه الحد (واذا حد المسلم في قذف سقطت
 شهادته وان تاب) وقال الشافعي تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات

في حال لو علمنا منه صريح القذف لم يلزم حده لان الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام الجلد عليه حدا
 بخلاف الرجم على ما مر ولا يسقط الحد بالاسلام وكذا العبد ولا فرق بين من يحد بقاء عليه الحد
 أو لا حتى ار الكافر الحربى اذا زنى في دار الحرب ثم أسلم فقد زف لا يحد لان الزنا يتحقق منه وان لم يقيم
 عليه الحد فيكون قاذفه صادقا وانما ارتفع بالاسلام الاثم دون حقيقة الزنا (ولو قذف رجلا أتى أمته
 وهي مجوسية) أو امرأة أو المشتراة شرافا سدا (أو امرأته وهي حائض) أو مظاهر منها أو صاعقة صوم
 فرض وهو عالم بصومها (أو مكاتبة فعليه الحد) لان الشراء الفاسد يوجب الملك بخلاف النكاح الفاسد
 لا يثبت فيه ملك فاذا يسقط احصائه بالوطء فيه فلا يحد قاذفه (لان الحرمة) في كل من هذه التقادير
 (مؤقتة) مع قيام الملك فكانت فيها لغيره فلم يكن زنا لان الزنا ما كان بلاملك قال تعالى الاعلى أزواجهم
 أو ما ملكت أي ما كان لهم غير ما لو من (وعن أبي يوسف أن وطء المكاتبة يسقط الا حصان وهو قول زفر
 لان الملك زائل في حق الوطء ولهذا يلزم السيد العقر) لها ولو بقي الملك شرعا من وجه لما لزمه وان
 حرم كوطء أمته المجوسية والخائض ونحن نقول ان قلتم ان ملك الذات انتفى من وجه كالمشركة
 فمنوع وان عنيتم ان ملك الوطء انتفى سلمناه ولا يستلزم ثبوت الحد كالامة المجوسية فثبت ان الحرمة
 لغيره اذهى مؤقتة وجوب العقر لا يدل على سقوط الا حصان كالراهن اذا وطي أمته المرهونة وهي
 بكر يلزمه العقر ولا يسقط الا حصان ذكره في المبسوط (ولو قذف رجلا ووطئ أمته وهي أخته من الرضاعة
 لا يحد لان الحرمة مؤبدة) وقوله (وهذا هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي فانه يقول بوطئها لا يسقط
 الا حصان وهو قول مالك وأحمد والشافعي رجعهم الله اقيام الملك فكان كوطء أمته المجوسية وجه
 الصحيح أن الحرمة في المجوسية ونحوها يمكن ارتفاعها فكانت مؤقتة أما حرمة الرضاعة لا يمكن ارتفاعها
 فلم يكن المحل قابلا للحل أصلا فكيف يجعل لغيره (قوله) ولو قذف مكاتبات وترك وفاء لاحد عليه
 انمكن الشبهة) في شرط الحكم وهو الا حصان لا اختلاف الصحابة في أنه مات حرا أو عبدا فأورث شبهة
 في احصائه وبه يسقط الحد ولا يعلم فيه خلاف بين من يعتد بالحرية من الا حصان (قوله) ولو قذف
 مجوسيات زوج بأمه الخ) يعني لو تزوج مجوسى بأمه أو أخته أو بنته (ثم أسلم) ففسخ نكاحهما فقد زف مسلم
 في حال اسلامه يحد عند أبي حنيفة بناء على ما مر من أن أنكحهم لها حكم الصحة عند أبي حنيفة (وقال
 لا يحد) بناء على أن ليس لها حكم الصحة وقوله ما قول الائمة الثلاثة وقد مر في كتاب النكاح في باب
 نكاح أهل الشرك (قوله) واذا دخل الحربى دارا بأمان فقد زف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم
 ايقام حقوق العباد ولانه طمع في أن لا يؤذى فيكون ملتزما بالضرورة ان لا يؤذى وفي بعض النسخ طمع
 ان لا يؤذى فكان ملتزما موجب اذاه وهو الحد (قوله) واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب

وقوله (لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل تحت الرد) رده بأنه إنما استفاد أهلية الشهادة على المسلمين فأما على أهل الذمة فقد كانت الأهلية موجودة وقد صارت بحجر وحة بإقامة الحد عليه وأجيب بأنه ليس كذلك بل استفاد بالإسلام أهلية الشهادة على أهل الذمة تبعاً لأهلية الشهادة على المسلمين وهذه غير ما كانت حين أقيم عليه الحد فإن تلك كانت بطريق الاصله على أهل الذمة وهذه بطريق التبعية للمسلمين فإن أهلية الشهادة على الأنكرى تقتضى أهليته على الآخرى ولقائل أن يقول سلماً وجود المقتضى لكن المانع وهو الرد أولاً موجود وقوله (بخلاف العبد) جواب عما يقال العبد إذا قذف فضرر الحد ثم أعتق لا تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر إذا أسلم وكلامه ظاهر واعترض بأن المعقول هنا انعكاس حكمه ما لا نه كان الكافر شهادة في جنسه يجب أن ترد شهادته بمجرد القذف تنمي الحد القذف ثم يدوم ذلك الرد إلى ما بعد الإسلام ولما لم يكن (٢٠٧) للعبد شهادة في شيء أصلاً لم ينعقد الحد حال وجوده موجبا لرد الشهادة فكيف ينقلب موجبا للرد بعد ذلك والجواب أن شهادته التي كانت في جنسه مردودة بمجرد القذف قبل الإسلام وبعده والشهادة المقبولة هي شهادة المسلم اكتسبها بالإسلام فلا ترد ولم نقل في العبد بأن غير الموجب انقلب موجبا وانما وقفنا في إيجابه إلى حين أمكان الموجب وهو الرد قوله (وان ضرب سوطاً في قذف) ظاهر واعترض بأن المقام بعد الإسلام أن كان بعض الحد فالمقام قبل الإسلام كذلك فكما لا يكون رد الشهادة صفة لما أقيم بعد الإسلام فكذلك لا يصلح أن يكون صفة لما أقيم قبل الإسلام بل جعله صفة لما أقيم بعد الإسلام أولى لما أن العلة إذا كانت ذات

(واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على أهل الذمة) لأن له الشهادة على جنسه فتدتمه لحدّه (فإن أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين) لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد إذا حد القذف ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له أصلاً في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده (وان ضرب سوطاً في قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته) لأن رد الشهادة منهم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الإسلام بعض الحد

عندنا لأن رد شهادته عندنا من تمام حده خلافاً للشافعي رضي الله عنه فعنده تقبل شهادته إذا تاب كالتائب من الشرب وغيره من المعاصي (وهي) خلافة (تعرف في الشهادات) أن شاء الله تعالى (قوله) وإذا حد الكافر في قذف لم تقبل شهادته على أهل الذمة) وهذا لأن له الشهادة على جنسه على ما عرف عندنا ورد الشهادة من تمام حد القذف فتد شهادته عليهم (فإذا أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين) لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل تحت الرد) لأن النص يوجب رد شهادته القائمة وقت القذف وأبست هذه تلك فلم تدخل تحت الرد بخلاف ما لو ارتد المحدود ثم أسلم لا تقبل شهادته لانه صار مردوداً والشهادة أبداً أو الرد ما زادت الإشراف بالإسلام لم تحدث له شهادة بخلاف الكافر الأصلي ولهذا قبلت مطلقاً على أهل الإسلام وغيرهم وبه اندفع ما قيل ينبغي أن لا تقبل بعد الإسلام على أهل الذمة لأنها كانت موجودة قبله وقد ردت بالقذف قلنا إن هذه أخرى نافذة على الكل لا على أهل الإسلام فقط أو على المسلمين وبتبعيته على الكفار وهذا بخلاف العبد إذا حد في قذف ثم أعتق فإنه لا تقبل له شهادة أبداً لانه لم يكن له شهادة في تلك الحالة للرق وقد وجب الحد عليه وهو برده شهادته مع الحد فينصرف إلى رد ما يحدث له من الشهادة بعد العتق هذا ولقائل أن يقول إن مقتضى النص عدم قبول كل شهادة له حادثة أو قائمة لانه تعالى قال فاجلدوهم غاتين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً والحادثة شهادة واقعة في الآباد فقتضى النص ردها والجواب أن التكليف بما في الوسع حينئذ كلف برده شهادته والامتنال انما يتحقق برده شهادة قائمة أن كانت والافما يحدث وإذا كانت له شهادة قائمة فردت تحقق الامتنال وتم فلو حدثت أخرى فلوردت كان بلامقتضى إذا الموجب أخذ مقتضاه (قوله وان ضرب) يعني الكافر (سوطاً) حد (قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته) لأن رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له (أي للحد) والمقام بعد الإسلام بعض الحد) وبهض الشيء ليس هو ذلك الشيء

وصفين فالاعتبار للوصف الأخير على ما عرف في موضعه والجواب أن ما لم يجعل الرد صفة لا للمقام قبل الإسلام ولا للمقام بعده وانما قلنا إن الرد صفة للحد والحد غائب ولم يوجد فلم تترتب التهمة وقيل في الجواب النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة وكل واحد منهما غير مرتب على الآخر نافي متعلق كل واحد منهما بما يمكن والممكن زمان النهي رد شهادة قائمة للحال فيستقيده

(قوله ولقائل أن يقول سلماً الخ) أقول أنت خير بأن الرد وليس هذه الشهادة التي حدثت بعد حصول عدالة الإسلام (قوله) فكيف ينقلب موجبا للرد الخ) أقول كسلم زنى في دار الحرب ثم خرج لم يحد وقد سبق (قوله مردودة بعد القذف قبل الإسلام وبعده) أقول فيه شيء إذ ليست له تلك الشهادة بعد الإسلام حتى ترد (قوله والشهادة المقبولة الخ) أقول وسيجيء أن شاء الله تعالى في باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل كلام متعلق بالمقام (قوله وقيل في الجواب الخ) أقول جواب تسليم كون الرد صفة للمقام قبل الإسلام ثم لا يخفى أن هذا الجواب غير مناسب لما في الهداية فتأمل

فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن أبي يوسف انه ترد شهادته اذا الاقل تابع للاكثر والاول اصح قال
(ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحده هو ذلك كله) أما الاولان فلان المقصد من اقامة الحد
حق الله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني

فلم يكن رد الشهادة صفة له (وعن أبي يوسف انه ترد شهادته اذا الاقل تابع للاكثر والاول اصح) لما ذكرنا
وعرف انه لو اقيم عليه الاكثر قبل الاسلام ثم أسلم وأقيم الباقي تقبل شهادته عند أبي يوسف أيضا وورد
عليه كما ان المقام بعد الاسلام بعض الحد كذلك المقام قبل الاسلام فينبغي أن لا يكون صفة
وأيضاً جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام أولى لما ان العلة اذا كانت ذات وصفين فلا اعتبار للوصف الاخر
أجيب بأن النص ورد بالأمر بالجلد والنهي عن القبول وليس أحدهما مرتباً على الآخر فتعلق بفعل
كل منهما ما يمكن والممكن رد الشهادة قائمة للحال فيتقيد بالنهي به وهذا كما ترى لا يدفع الوارد على قوله
صفة له بل هو تقرر بآخر وأصل هذا ما ذكر في الاصل والمبسوط قال لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب
تمام الحد اذا كان عدلاً ثم قال والحد لا يتجزأ فسادونه يكون تعزيراً واحداً والتعزير غير مسقط للشهادة
قال وفي هذه المسئلة عن أبي حنيفة ثلاث روايات احداها ما ذكرناه وهو قولهما والثانية اذا اقيم عليه
أكثر الحد سقطت شهادته اقامة للاكثر مقام الكل وهي التي ذكرها المصنف عن أبي يوسف والثالثة اذا
ضرب سوطاً واحداً سقطت قال وهذه الروايات الثلاث في النص اني اذا اقيم عليه بعض الحد ثم أسلم على
ما ذكر في الجامع الصغير (قوله ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحده هو ذلك كله) سواء قذف واحداً
مراراً أو جماعة بكلمة كقوله أنتم زناة أو بكلمات كأن يقول يا فلان أنت زان وفلان زان حتى اذا
حضر واحد منهم فادعى وحد ذلك ثم حضر آخر فادعى انه قد قذفه لا يقام اذا كان بقذف قبل أن يحد لان
حضور بعضهم للخصومة كحضور كلهم فلا يحد ثانياً الا اذا كان بقذف آخر مستأنف وحكي أن ابن أبي ليلى
سمع من يقول لشخص يا ابن الزانية فحده حدين في المسجد فبلغ أبا حنيفة فقال يا لهجج لقاضي بلدنا
أخطأ في مسئلة واحدة في خمسة مواضع الاول أخذه بدون طلب المقذوف والثاني أنه لو خاصم وجب
حد واحد والثالث أنه ان كان الواجب عنده حدين ينبغي أن يترص بينهما يوماً أو أكثر حتى يخف أثر
الضرب الاول والرابع ضربه في المسجد والخامس ينبغي أن يتعرف ان والديه في الاحياء أولاً فان
كانا حيين فالخصومة لهما والا فالخصومة للابن ومن فروع التداخل أنه لو ضرب القاذف تسعة وسبعين
سوطاً ثم قذف قذفاً آخر لا يضرب الا ذلك السوط الواحد للتداخل لانه اجتمع الحدان لان كمال الحد
الاول بالسوط الذي بقي وسند كرمه أيضاً في فروع فختم بها وقوله (غير مرة) يتعلق بكل واحد
من الثلاثة أي من زنا غير مرة أو شرب غير مرة أو قذف غير مرة فحده هو ذلك كله مما سبق منه وعند
الشافعي ان قذف جماعة بكلمة فكذلك في قول وان قذفهم بكلمات أو قذف واحد مرات بزنا آخر
يجب لكل قذف حد وعندنا لا فرق ولا تفصيل بل لا تعدد كيفما كان وبقولنا قال مالك والثوري
والشعبي والنخعي والزهرى وقتادة وجاد وطاوس وأحمد في رواية وفي رواية كقول الشافعي الذي
ذكرناه أنفاً واحتجاً بان مقتضى الآية ترتب الحكم على الوصف المشعر بالعلية فيستكرر بتكرره على
ما عرف وفي الجديد للشافعي لا يتداخل ولو قذفهم بكلمة واحدة لما ذكرناه ولانه حق آدمي ولنا ما ذكر
من قوله (أما الاولان) وهو كل من الزنا والشرب (فلان المقصد من اقامة الحد حق الله تعالى الانزجار)
عن فعله في المستقبل (واحتمال حصوله) بالحد الواحد المقام بعد الزنا المتعدد منه والشرب المتعدد
(قائم فتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني) والحدود تدبر بالشبهات بالاجماع بخلاف ما إذا زنى فحده ثم
زنى يجب حد آخر لتيقننا بعدم انزجاره بالاول والجواب عما استدلل به ان الاجماع لما كان على دفع
الحدود بالشبهات كان مقيداً لما اقتضته الآية من التكرار عند التكرار بالتكرار الواقع بعد الحد الاول

(وعن أبي يوسف أنه ترد
شهادته والاقل تابع
للاكثر) فكان الكل وجد
بعد الاسلام وهو رواية
عن أبي حنيفة أيضاً
(والاول اصح) لما ذكرنا أن
النص ورد بالأمر بالحد
والنهي عن قبول الشهادة
الخ وقوله (ومن قذف أو
زنى الخ) ظاهر

وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل وأما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله فيكون ملهما بما وقال الشافعي ان اختلاف المقدوف أو المقدوف به وهو الزنا لا يتداخل لان المغلب فيه حق العبد عنده

بل هذا ضروري فانك علمت ان الخطاب بالاقامة في قوله فاجلدوهم الائمة ولا يتعلق بهم هذا الخطاب الا بعد الثبوت عندهم فكان حاصل النص ايجاب الحد اذا ثبت السبب عندهم أهم من كونه بوصف الكثرة أو القلة فاذا ثبت وقوعه منه كثيرا كان موجبا للحد مائة أو ثمانين ليس غير فاذا جلد ذلك وقع الامتنال ثم هو أيضا ترك مقتضى التكرار بالتكرار فيما اذا قذف واحدا مرة ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا فانه لا يجده مرتين وفي حد الزنا والشرب فالحق ان الاستدلال به بالاية لا يخلصه فانه يلجئ الى ترك مثلها من آية حد الزنا فيعود الى أن هذا حق آدمي بخلاف الزنا فكان المبنى اثبات انه حق الله تعالى أو حق آدمي فاذكر المصنف أخصر وأصوب وقوله (وأما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى فكان ملهما بهما) لا حاجة الى الحاقه بل عين الدليل المذكور يجري فيه وهو أنه حد شرع حقا لله سبحانه وتعالى لمقصود الانزجار عن الاعراض حيث أقیم بنيت شبهة الى آخر ما ذكره حق العبد في الخصومة فيه دون غيره ليس غير (قوله وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق) ثم أخذ يعني وثبتت الاسباب عند الخاصكم حيث يجب الحدود المختلفة كلها لا اختلاف المقصود من كل جنس من أسبابها فان المقصود من حد الخمر صيانة العقول ومن حد الزنا صيانة الانساب ومن حد القذف صيانة الاعراض وثبت كل بخطاب يخصه فلو حدنا في الخمر والقذف حدا واحدا عطلنا نصا من النصوص عن موجه (فروع) ثبت عليه باقراره الزنا والسرقه والشرب والقذف وفقه عين رجل يبدأ بالقصاص في العين لانه محض حق العبد ثم اذا برئ أخرجه فحده القذف لانه مشوب بحقه فاذا برئ فالامام بالخيار ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بحد السرقه لان كلا حق الله تعالى وهو ثابت بنص يتلى ويجعل حد الشرب آخره فانه أضعف لانه بما لا يتلى وتقدم قول على ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسب منه وكلام أقام عليه حدا حبسه حتى يبرأ لانه لو خلى سبيله ربما يرب فيصير الامام مضيقا للحدود وهو ممنوع عن ذلك وان كان محصنا اقتصر منه في العين وضربه حد القذف ثم رجه لان حد السرقه والشرب محض حق الله تعالى ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها قتل نفس قتل وترك ما سوى ذلك هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس والمعنى أن المقصود الزجر له ولغيره وأتم ما يكون منه باستيفاء النفس والاشتغال بعبادته لا يفيد الا أنه يضمن السرقه لو أتلفها لانه يجب عليه بالاخذ وانما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد فلهاذا يضمنه فيؤمر بايقاضه من تركه ولا يقام حد في المسجد ولا في قود ولا تمزير ولكن القاضي ان اراد أن يقام بحضرة يخرج من المسجد كما فعل عليه الصلاة والسلام في الغامدية أو بيعت أميना كما فعل عليه الصلاة والسلام في ما عزر ولا يستخلف في القذف اذا أنكره ولا في شيء من الحدود لانه يقضى بالنكول وهو ممتنع في الحدود لان النكول اما بذل والبذل لا يكون في الحدود أو قائم مقام الاقرار والحد لا يقام بما هو قائم مقام غيره بخلاف التعزير والقصاص فانه يستخلف على سبيلهما ويستخلف في السرقه لاجل المال فان نكل ضمن المال ولا يقطع لان حقيقة السرقه أخذ المال بغيره فيخلف على أخذ المال لا على فعل السرقه وعند نكوله يقضى بموجب الاخذ وهو الضمان كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقه ثبت الاخذ فيضمن ولا يقطع واذا أقام المقدوف بينة بالقذف سألها القاضي عن القذف ما هو وعن خصوص ما قال لان الرمي بغير الزنا قد يظنونه قذفا فلا بد من استفسارهم فان لم يزدوا على قولهم قذفه لا يجد واذا شهدوا أنه قال يا زاني وهم عدول حيد فان لم يعرف القاضي عدلهم حبس القاذف حتى يزكوا لانه صار متهما بارتكاب ما لا يحل من اعراض

وذكر في المبسوط لو قذف جماعة في كلمة واحدة بأن قال يا أيها الزناة أو كلمات متفرقة بأن قال يا زيدا أنت زان ويا عمرا وأنت زان ويا خالدا أنت زان لا يقام عليه الا حد واحد عندنا وعند الشافعي إن قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لانه حق المقدوف عنده فلا يجري فيه التداخل عند اختلاف السبب وعندنا أن المغلب فيه حق الله وهو مشروع للزجر فيجري فيه التداخل كسائر الحقوق

الناس فيجبس لهذه التهمة ولا يكفله على مائة قدم في الزنا فارجع اليه ولا تكفل في شيء من الحدود والقصاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول ولهذا يجنبه أبو حنيفة وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد بن يوسف منه الكفيل ولهذا لا يجنبس عندهما في دعوى حد القذف والقصاص ولا خلاف انه لا تكفيل بنفس الحدود والقصاص لان النيابة لا تجزى في ايفائهم او المقصود من الكفالة اقامة الكفيل مقام المكفول عنه في الايفاء وهذا لا يتحقق في شيء من الحدود فأما أخذ الكفيل بنفس المدعى عليه فعند أبي حنيفة اذا زعم المذوف أن له بينة حاضرة في المصر فكذلك لا يأخذ منه كفيلا بنفسه ولكن يلزمه الى آخر المجلس فان أحضر بينة والأخلى سبيله وعند أبي يوسف ومحمد يأخذ منه كفيلا بنفسه الى ثلاثة أيام وقال أحد القذف في الدعوى والخصومة مثل حقوق العباد وفي أخذ الكفيل بنفسه نظر للمدعى من حيث يتمكن من احضار الخصم لاقامة البينة عليه ولا ضرر فيه على المدعى عليه وأبو حنيفة يقول هذا احتياط والحدود يحنط في درئها لا في اثباتها وكان أبو بكر الرازي يقول مراد أبي حنيفة أن القاضي لا يجبره على اعطاء الكفيل فأما اذا سمعت نفسه به فلا بأس لان تسليمه نفسه مستحق عليه والكفيل في الكفالة بالنفس انما يطلب بهذا القدر فأما ان أقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضي بالعدالة فهو كالم لم يقيم أحدا ولا يلزمه الا الى آخر المجلس فان كان ظاهر العدالة حبه اذا قال ان له شاهدا آخر يومين أو ثلاثة هذا المقدار استحسن وهذا كله عند أبي حنيفة لانه لا يرى الكفالة بالنفس في الحدود وعندهما يأخذ كفيلا بنفسه ولا يجنبه لان المقصود يحصل بذلك ولو اختلف الشاهدان على القذف في الزمان والمكان لا تبطل شهادتهما عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يمنع قبول الشهادة لانه انشاء سبب موجب للحد فإلم يتفق الشاهدان على سبب واحد لا يقضى به كالأختلاف في اقراره بالقذف وانشائه له وأبو حنيفة يقول القذف قول قد بكر رفيعكون حكم الثاني حكم الاول فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان كالطلاق والعناق وهذا هو القياس في الانشاء والاقرار الا أني أستحسن هناك لان حكم الاقرار بالقذف يخالف حكم الانشاء بدليل أن من تزوج امرأة ثم أقر أنه كان قد فها قبل النكاح عليه الحد ولو قد فها في الحال كان عليه اللعان ولو اختلفوا في اللغة التي وقع القذف به من العربية والفارسية وغيرهما بطلت شهادتهما لان عند اختلاف اللغة يمكن الاختلاف في الصراحة ونحوها وكذا لو شهد أحدهما أنه قال يا ابن الزانية والآخر لا بيبك ولو شهد أحدهما أنه قد فها يوم الخميس والآخر أنه أقر أنه قد فها يوم الخميس لا يحد ولا يقبل في إثبات القذف كتاب القاضي ولا الشهادة على الشهادة ولو قال القاذف بعد ثبوت القذف عند القاضي عندي بينة تصدق قولي أجل مقدار قيام القاضي من مجلسه من غير أن يطلق عنه ويقال له ابعت الى شهودك وذكريا برسم عن محمد اذا لم يكن له من يأتيهم أطلق عنه وبعث معه بواحد من شرطه ليرده عليه وفي ظاهر الرواية لم يقتصر الى هذا لان سبب وجوب الحد ظهر عند القاضي فلا يكون له أن يؤخر الحد عليه من الضرر على المذوف بتأخير دفع العار عنه والى آخر المجلس قليل لا يتضرر به كالتأخير الى أن يحضر الجلاد وعن أبي يوسف يستأنى به الى المجلس الثاني لان القذف موجب للحد بشرط عجزه عن اقامة أربعة والعجز لا يتحقق الا بالامهال كالمدعى عليه اذا ادعى طعن في الشهود ويمهل الى المجلس الثاني وجوابه ما قلنا وعرف انه لا يقبل منه الا أربعة فلو جاء بثلاثة حده هو والثلاثة قال تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم فان شهد رجلان أو رجل وامرأتان على اقرار المذوف بالزنا يدرأ عن القاذف الحد وعن الثلاثة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة فكأننا سمعنا اقراره بالزنا الا أن المعتبر في الاقرار اسقاط الحد لا اقامته لان ذلك لا يمكن ولو كثرت الشهود ولو زنى المذوف قبل أن يقام الحد على القاذف أو وطئ وطأ حراما على ما ذكرنا أو ارتد سقط الحد عن القاذف

فصل في التعزير لما فرغ من ذكر الزواجر المقدرة النابتة بالكتاب أو السنة المشهورة ذكر في هذا الفصل الزواجر التي دونها في القدر وقوة الدليل وهو التعزير وهو تأديب دون الحد وأصله من التعزير بمعنى الرد والردع والأصل في هذا أن من قذف غيره بكبيرة لبس فيها حد مقدر يجب التعزير قال في الفتاوى الظهيرية أعلم أن التعزير قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وتعزيرك الأذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وقد يكون بنظر القاضي إليه بوجه عبوس ولم يذكر محمد التعزير بأخذ المال

فصل في التعزير قال الامام الترمذ في شرح الجامع الصغير في آخر باب الوطاء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب كل شيء صنعه الامام ليس فوقه امام مما يوجب الحد فلا حد عليه لان الاستيفاء اليه ولا يمكن أن (٣١١) يستوفي من نفسه واستيفاء نائبه عنه

كاستيفائه بخلاف القصاص وحقوق العباد لان استيفاء ذلك الى أربابها وقال الشهيد وعلى هذا حد القذف ينبغي أن لا يجب على الامام لان المذهب فيه حق الله تعالى ذكره أبو اليسر وهذا الوعد لا يصح على في الشافعي لانه بالعرف رضى بانها لا تعرضه وهذا لا يمنع وجوب الحد فانه اذا رضى بقذفه لا يمنع وجوبه ولا يعتاض عنه ولا يورث وفي الخليفة خلاف ثم ذكر وكان المذهب فيه حق العبد بدليل انه لا يسقط بالتقادم ولا بالردة ويقبضه القاضي بعينه ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار وبشروط فيه الدعوى ويقام على المستامن ولا يقام للابن على الاب ولا للمولى على عبده ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وشرب الخمر فدل على ان المذهب حق العبد والاصول تشهد له فان حق الله وحق

فصل في التعزير

ولو أسلم بعد ذلك لان احصان المقدوف شرط فلا بد من وجوده عند اقامة الحد وكذا اذا خرس أو عته ولكن لا زال احصانه بل تمكن شبهة انه لو كان ناطقا صدقه ولا يلحق القاضي الشهود ما تسميه شهادتهم في الحدود جنس آخر تقدم ان قوله أنت أزني من فلان أو أزني الناس لاحد عليه وهو من المبسوط وفي فتاوى قاضيجان قال أنت أزني الناس أو أزني من فلان عليه الحد ولو قال أنت أزني مني لاحد عليه ولو قال لها يا زانية فقلت أنت أزني مني حد الرجل وحده ولو قال لامرأة ما رأيت زانية خيرا مني لاحد عليه وكذا لو قال لامرأة وطئت فلان وطأ حراما أو جربك أو جامعك حراما لاحد عليه وكذا اذا قال اخبرتك انك زانية أو أشهدت على ذلك ولو قال زنيته وفلان معك يكون قاتلا لهما لان العادة أن لا معينة حال الزنا فانصرف الى معينة الفعل دون الحضور ومن قال لست لا بوبك لا يكون قاتلا وهو ظاهر لست لانسان لست لرجل ليس قذفا رجل قذف ولده أو ولد ولده لاحد عليه ولو قذف أباه أو أمه أو أخاه أو عمه حد قال لرجل قل لفلان يا زانية فان قال الرسول للرسول اليه فلان يقول لك يا زانية لاحد على الرسول ولا على المرسل وان قال له يا زانية حد الرسول خاصة ولو قذف ميتة فصدقه انما ليس له ان يطالب بقذفه بعد ذلك ولو قال له يا ابن الحجام أو يا ابن الخائف لاحد عليه ولو قال لرجل يا بني لاحد عليه لانه تطف وكذا لو قال يا ابن النصراني أو يا ابن اليهودي وفي الخلاصة عن مجموع النوازل رجل قال في ميت لم يشرب الخمر ولم يزن فقال أخرجه كرده ست لم يحد لانه ليس بإشارة الى هذه الافعال ولو قال ابن حه كرده است فكذلك لانه لم يسمه ولم يكنه ولو قال وى ابن حه كرده است يكون قذفا ومعنى الاول فعل الكل ومعنى الثاني فعل هذه كلها ومعنى الثالث هو فعل هذه كلها وفي الفتاوى قال لرجلين أحد كما زان فقبل له هذا هو لاحد هما فقال لاحد عليه لان أصل القذف لم يقع موجبا ولو قال لجماعة كلكم زان الا واحدا يجب عليه الحد لان القذف فيه موجب للحد فكان لكل واحد ان يدعى ما لم يعين المستثنى ومن فروع تدخل حد القذف ما ذكره المصنف في التجنيس عبد قذف حرافة عتق فقتل قذف آخر فاجمة مضرب ثمانين ولو جاء الاول فضرب أربعين ثم جاء به الاخر عتقه الثمانين لان الاربعين وقع لها ما يبقى الباقي أربعين ولو قذف آخر قبل ان يأتي به الثاني تكون الثمانون لهما جميعا ولا يضرب ثمانين مستأنفا لان ما بقي تمامه حد الاحرار بخلاف ان يدخل فيه الاحرار وهذا ما وعدناه ولو قال لامرأة يا روسي يحد ولو قال يا قبيصة فانه يعزر

فصل في التعزير

لما قدم الحد والمقدرة بالنصوص القاطعة وهي أو كذا أتبعها التعزير الذي العبد اذا اجتمع يغلب حق العبد لما جتته غير أن الامام يستوفيه دون المقدوف وان كان حقه لانه لو فوض اليه أقامه على أشد الوجوه غيظا فينتفه وهو كالتعزير بانه حق العبد واقامته للامام بخلاف القصاص فان الاستيفاء للمولى لانه مقدر وبخلاف التعزير الواجب حقا لله تعالى لانه يلي اقامته كل أحد به لانه النيابة عن الله تعالى وسئل الهندواني رجل وجد رجلا مع امرأة أيحل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر عن الزنا بالصباح والضرب بمجادون السلاح لا وان علم انه لا ينزجر الا بالقتل حل له قتله وان طأ وعته المرأة حل له قتلها أيضا قلت وهذا تنصيص منه على أن الضرب تعزير يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وكذا القتل ثم وجدت المسئلة في المتنق عن أبي يوسف كذلك لكن وضعها وجد رجلا مع امرأة أو مع محرم له أو مع جاريتته وفي نوادر ابن جماعة عن محمد رأي محضنا برني جازله أن يرميه ويقتله وفي جامع قاضيجان في باب من الشهادة في الحدود ان الأصل في كل شخص اذا رأى مسلما برني أن يحل له قتله وانما امتنع خوفا من

العبد اذا اجتمع يغلب حق العبد لما جتته غير أن الامام يستوفيه دون المقدوف وان كان حقه لانه لو فوض اليه أقامه على أشد الوجوه غيظا فينتفه وهو كالتعزير بانه حق العبد واقامته للامام بخلاف القصاص فان الاستيفاء للمولى لانه مقدر وبخلاف التعزير الواجب حقا لله تعالى لانه يلي اقامته كل أحد به لانه النيابة عن الله تعالى وسئل الهندواني رجل وجد رجلا مع امرأة أيحل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر عن الزنا بالصباح والضرب بمجادون السلاح لا وان علم انه لا ينزجر الا بالقتل حل له قتله وان طأ وعته المرأة حل له قتلها أيضا قلت وهذا تنصيص منه على أن الضرب تعزير يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وكذا القتل ثم وجدت المسئلة في المتنق عن أبي يوسف كذلك لكن وضعها وجد رجلا مع امرأة أو مع محرم له أو مع جاريتته وفي نوادر ابن جماعة عن محمد رأي محضنا برني جازله أن يرميه ويقتله وفي جامع قاضيجان في باب من الشهادة في الحدود ان الأصل في كل شخص اذا رأى مسلما برني أن يحل له قتله وانما امتنع خوفا من

وقد قيل روى عن أبي يوسف أن التعزير من السلطان بأخذ المال جائز وذكر الامام الترمذي أن التعزير الذي يجب حقا لله تعالى يلي
اقامته كل أحد بعلة النيابة عن الله تعالى

ان يقتله ولا يصدق في قوله انه يزني وفي الشافعي ليس للمولى أن يحسد عبده أو أمته لانه حق الولاية وهم الذين يلون ذلك لأنهم الخلفاء في
الشرع وله أن يمزرها مالان (٢١٢) التعزير تأديب فجاز أن يليه المولى عابن القاضي رجلا يزني أو يشرب لم يحسد

استحسانا وعن محمد بن محمد
وهو القياس اعتبارا بسائر
الحقوق وحسد القذف
والقصاع وجه الاستحسان
الاستيفاء إلى القاضي
والقاضي مذروب إلى الدرة
بالخبر فلحقته التهمة فيما
يستوفيه ولا يستوفي وفي
سير بكر إذا شتم الامام الاعظم
أحد يفوض إلى غيره
اقامته لا يقيم بنفسه
ولا يشتم وفي أدب القاضي
القاضي إذا ولي غيره في القضاء
له وعليه جاز ويجوز قضاء
المقلد للمقلد وعليه كان
المقلد الخليفة أو قاضي
القضاة لان المقلد ليس
بنائب عن المقلد بل هو
نائب عن المسلمين ولهذا
لا ينزل بموته فكل من
تقبل شهادته له ينفذ قضاؤه
له وما لا فلا وفي النظم وكذا
قضاؤه لنائبه وفي جمع
النسب لا ينفذ قضاؤه للمقلد
واستشهد بمن نو كل شيء
ثم استقضى فيقضى لموكله
في تلك الحادثة لم يجز لانه
قضاة من ولا ذلك وكذا نائب
القاضي قال وقعت هذه
الحادثة لقاضي القضاة
المروزي فقال لي يجب أن
يجوز لان نائبه يعمل للشرع

هو دونها في الفساد والدليل والتعزير تأديب دون الحسد وأصله من العزر بمعنى الرد والردع وهو
م شروع بالكتاب قال الله تعالى فغظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان أطمعنكم فلا تبغوا
عليهن سبيلا أمر بضرب الزوجات تأديبا وتهذيبا وفي الكافي قال عليه الصلاة والسلام لا ترفع
عصاك عن أهالك وروى أنه عليه الصلاة والسلام عزز رجلا قال لغيره يا مخنف وفي المحيط روى عنه
عليه الصلاة والسلام قال رحم الله امرأ علق سوطه حيث يراه أهله وأقوى من هذه الأحاديث قوله
عليه الصلاة والسلام لا يجلد فوق عشرة إلا في حد وسباني وقوله واضربوهن على تركها لعشر في الصبيان
فهذا دليل شرعية التعزير وأجمع عليه الصحابة وبالمعنى وهو أن الزجر عن الأفعال السيئة كي لا تصير
ملكات فيفحش ويستدرج إلى ما هو أقيح وأفسح فهو واجب وذكر الترمذي عن السيرخي أنه ليس
فيه شيء مفدر بل مفوض إلى رأي القاضي لان المقصود منه الزجر وأحوال الناس مختلفة فيه ففهم
من ينزجر بالصيحة ومنهم من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب ومنهم من يحتاج إلى الحبس وفي الشافعي
التعزير على مراتب تعزير اشراف الاشراف وهم العلماء والعلماء بالاعلام وهو أن يقول له القاضي
بلغني أنك تفعل كذا وكذا فينزجر به وتعزير الاوساط وهم السوقة بالجر والحبس وتعزير الاخسة بهذا
كله وبالضرب وعن أبي يوسف يجوز التعزير بالسلطان بأخذ المال وعندهما وباقي الأئمة الثلاثة
لا يجوز وما في الخلاصة سمعت من ثقة أن التعزير بأخذ المال ان رأى القاضي ذلك أو والي جاز ومن
جمله ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال مبني على اختيار من قال بذلك من المشايخ
كقول أبي يوسف وقال الترمذي يجوز التعزير الذي يجب حقا لله تعالى لكل أحد بعلة النيابة عن الله
وسئل أبو جعفر الهندي عن رجل جلا مع امرأته يحل له قتله قال ان كان يعلم أنه ينزجر عن الزنا
بالصباح والضرب بعمادون السلاح لا يقتله وان علم أنه لا ينزجر الا بالقتل حل له قتله وان طأ وعنه المرأة
يحل قتلها أيضا وهذا تنصيص على أن الضرب تعزير بملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وصرح في
المنتقى بذلك وهذا لانه من باب ازالة المنكر باليد والشارع ولي كل أحد ذلك حيث قال من رأى منكم
منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فليسله الحديث بخلاف الحدود فانها لم تثبت توليتها الا للولاية وبخلاف
التعزير الذي يجب حقا للعبد بالقذف ونحوه فانه اتوقفه على الدعوى لا يقيم الا الحاكم الا أن يحكم فيه
ثم التعزير فبما شرع فيه التعزير اذا رآه الامام واجب وهو قول مالك وأحمد وعند الشافعي ليس بواجب
لما روى أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقال اني لقيت امرأة فأصبت منها ما دون أن أطأها
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصليت معنا قال نعم فتلاع عليه ان الحسنات يذهبن السيئات وقال
في الانصار اقبلوا من محسنهم ونجاو زوا عن مسيئهم وقال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم في الحكم
الذي حكم به للزبير في سقي أرضه فلم يوافق غرضه أن كان ابن عمك فغضب النبي صلى الله عليه وسلم ولم
يعززه ولنا أن ما كان منصوفا عليه من التعزير يكفي وطء جارية امرأته أو جارية مشتركة يجب امتثال
الامر فيه وما لم يكن منصوفا عليه اذا رأى الامام بعد مجانبته هوى نفسه المصلحة أو علم أنه لا ينزجر الا به

لاي فقلت هل أنت اذا بنفسك لنفسك فانت نائب الشرع فانت قطع فالوجه لمن ابتلى بمثل هذا أن يطلب من السلطان
الذي ولاه أن يولي قاضيا آخر حتى يختصم اليه فيقضى أو يحكموا واحدا اه (قوله وقيل روى عن أبي يوسف الى قوله جائز) أقول قال
الزاهدي في شرح القدوري في بحث التعزير بالمال ولم يذكر كيفية أخذ المال وأرى أن يأخذها وعسكها فان أبس عن توبتهم بصرفها
إلى ما يرى شط التعزير بأخذ المال كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ اه المراد من قوله شط شرح الطحاوي (قوله وذكر الامام الترمذي)

(ومن قذف عبدا أو أمة أو أم ولد أو كافرا بالزنا عزر) لانه جنابة قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير (وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافرا أو يا خبيث أو يا سارق) لانه آذاه وألحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحد ودفع وجب التعزير لانه يبلغ بالتعزير غايته في الجنابة الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الرأي الى الامام (ولو قال يا حمارا أو يا خنزيرا لم يعزر)

وجب لانه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد وما علم أنه ينزجر بدونه لا يجب وهو محمل حديث الذي ذكره النبي صلى الله عليه وسلم ما أصاب من المرأة فانه لم يذكره النبي صلى الله عليه وسلم الا وهو نادى منزه لان ذكره ليس الا للاستعلام بوجبه ليفعل معه وأما حديث الزبير فالتعزير لحق آدمي هو النبي صلى الله عليه وسلم ويجوز تركه وفي فتاوى قاضي خان التعزير بحق العبد كسائر حقوقه ويجوز فيه البراء والعفو والشهادة على الشهادة ويجرى فيه البين يعني اذا أنكر أنه سبه يحلف ويقضى بالنكول ولا يخفى على أحد أنه ينقسم الى ما هو حق العبد وحق الله فحق العبد لا شك في أنه يجري فيه ما ذكر وأما ما وجب منه حق الله تعالى فقد ذكرنا أنما أنه يجب على الامام ولا يحمل له تركه الا فيما علم أنه انزجر الفاعل قبل ذلك ثم يجب أن يتفرع عليه أنه يجوز اثباته بعد عهده فيكون مدعيه شاهدا اذا كان معه آخر فان قلت في فتاوى قاضي خان وغيره ان كان المدعي عليه ذامروءة وكان أول ما فعل بوعظ استحسانا فلا يعزر فان عاد وتكرر منه روى عن أبي حنيفة أنه يضرب وهذا يجب أن يكون في حقوق الله تعالى فان حقوق العباد لا يتمكن القاضي فيها من اسقاط التعزير قلت يمكن أن يكون محله ما قلت من حقوق الله تعالى ولا مناقضة لانه اذا كان ذامروءة فقد حصل تعزيره بالجزا الى باب الفاضل والدعوى فلا يكون مسقطا لحق الله سبحانه وتعالى في التعزير وقوله ولا يعزر يعني بالضرب في أول مرة فان عاد عزره حينئذ بالضرب ويمكن كون محله حق آدمي من الشتم وهو من يكون تعزيره بما ذكرنا وقد روى عن محمد في الرجل يشتم الناس اذا كان له مروءة وعظ وان كان دون ذلك حبس وان كان سببا بضرب وحبس يعني الذي دون ذلك والمروءة عندي في الدين والصلاح (قوله ومن قذف عبدا أو أمة أو أم ولد أو كافرا بالزنا عزر) بالاجماع الاعلى قول داود في العبد فانه يحده وقول ابن المسيب في الذمية التي لها ولد مسلم قال يحده وانما عزر (لانه) أي هذا الكلام (جنابة قذف وقد امتنع وجوب الحد على القاذف لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافرا أو يا خبيث أو يا سارق) ومثله يا لص أو يا فاجر أو يا زنديق أو يا مقبوح يا ابن الفحبة يا قرطبان يا من يعمل عمل قوم لوط أو يا لوطي أو قال أنت تلعب بالصبيان يا كل الربوا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا أموي الزواني يا مأوى اللصوص يا منافق يا يهودي عزر هكذا مطلقا في فتاوى قاضي خان وذكره الناطقي وقيد بما اذا قال لرجل صالح أما لو قال يا فاسق يا فاسق أو يا لص يا لص أو يا فاجر يا فاجر لا شيء عليه والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا انه آذاه بما ألحق به من الشين فان ذلك انما يكون فحين لم يعلم اتصافه بهذه أمانة علم فان الشين قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل وقيل في يالوطي يستل عن نيته ان أراد أنه من قوم لوط عليه وعلى نيتنا الصلاة والسلام فلا شيء عليه وان أراد أنه يعمل عملهم عزر على قول أبي حنيفة وعندهما يحد والصحيح أنه يعزر ان كان في غضب قلت أو هزل عن تعود بالهزل بالقبيح ولو قذفه بآتيان مينة أو بجمعة عزر قال المصنف (الا أنه يبلغ بالتعزير غايته في الجنابة الاولى) وهو ما اذا قذف غير المحصن بالزنا (لانه من جنس ما يجب به الحد) وهو الرمي بالزنا (وفي الثانية) وهو ما اذا قذفه بغير الزنا من المعاصي (الرأي الى الامام) (قوله ولو قال يا حمارا أو يا خنزيرا لم يعزر) لانه لم ينسبه الى شين معصية ولم يتعلق به شين أصلا بل انما ألحق الشين بنفسه حيث كان كذبه ظاهرا ومثله يا بقر يا نور يا حبة يا نيس يا قرد يا ذئب يا حمام يا بغايا ولد حرام يا عيار يا نا كس

وقوله (ومن قذف عبدا أو أمة) ظاهر وقوله (في الجنابة الاولى) يعني ما اذا قذف عبدا أو أمة أو أم ولد بالزنا (لانه) أي القذف بالزنا (من جنس ما يجب فيه الحد) وقوله (في الثانية) يعني قوله يا فاسق الخ

أقول في باب الوطء الذي يوجب الحد

وقوله (لأنه ما لحق الشين به الشين بنفيه) قبل بل يلحق الشين بالقاذف لأن كل أحد يعلم أنه أدى وإن القاذف كذب وقوله صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من (٣١٤) المعتدين نقل بتخفيف بلغ من البلوغ وهو السماع وأما ما يجري على السنة الفقهاء من

التثقيب أن صح فعلى حذف المفعول الأول والتقدير من بلغ التعزير حدا في غير حد وفيه نبوة تعرف بالتأمل الصحيح وأرى أن يكون تقديره من بلغ الضرب حدا في غير حد فهو من المعتدين (فإذا تعذر تبليغه حدا فأبو حنيفة ومحمد نظر إلى أدنى الحد) وهو حد العبد في القذف (فصرفاه إليه وذلك أربعون فنقصا منه سوطا) وهذا حق لأن من اعتبر حد الحر فقد بلغ حدا وهو حد العبد والتشكيك في الحديث ينافيه ووجه نقصان السوط الواحد في المذهبين جميعا هو أن البلوغ إلى تمام الحد تعذر وليس بعده قدر معين كربع أو ثلث أو عشر فيصار إلى أقل ما يمكن للتيقن به تطهيره وقت الصلاة فإن الكل لما يمكن أن يكون سببا وليس بعده جزم معين صير إلى أقل ما يمكن وهو الحد الذي لا يجزأ وكلامه واضح

لأنه ما لحق الشين به الشين بنفيه وقيل في عرفنا يعززلانه بعد شينا وقيل إن كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعامة يعززلانه يلحقهم الوحشة بذلك وإن كان من العامة لا يعززلانه وهذا أحسن والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطا وأقله ثلاث مائة وقال أبو يوسف يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين وإذا تعذر تبليغه حدا فأبو حنيفة ومحمد نظر إلى أدنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه إليه وذلك أربعون سوطا فنقصا منه سوطا وأبو يوسف اعتبر أقل الحد في الاشرار إذا لاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول زفر وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو ما تقرر عن علي فقلده

يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا كشحان يا بله يا ابن الحمام وأبو ليس بحجام يا ابن الاسود وأبو ليس كذلك يا كلب يا رستاق يا مؤاجر يا موسوس لم يعززلوا الحق ما قاله بعض أصحابنا أنه يعززل في الكشحان أدنى لانه قريب من معنى القرطبان والديوث والمراد به وبالقرطبان في العرف الرجل الذي يدخل الرجال على امرأته ومثله في ديار مصر والشام المعروض والقوادع عدم التعزير في الكلب والخنزير ونحوهما هو ظاهر الرواية بين علمائنا الثلاثة واختار الهندواني أنه يعزربه وهو قول الأئمة الثلاثة لأن هذه اللفاظ تذكر للشيعة في عرفنا وفي فتاوى قاضخان في يا كلب لا يعززل قال وعن الفقيه أبي جعفر أنه يعززلانه بعد شتمة ثم قال والصحيح أنه لا يعززلانه كاذب قطعاً انتهى وفي المبسوط فإن العرب لا تعد شتمة ولهذا يسمون بكلب وذئب وذكر قاضخان عن أمالي أبي يوسف في يا خنزير يا جارية يعززل ثم قال وفي رواية لمحمد لا يعززل وهو الصحيح والمصنف استحسن التعزير إذا كان المخاطب من الاشراف فتحصلت ثلاثة المذهب وهو ظاهر الرواية لا يعززل مطلقا ومختار الهندواني يعززل مطلقا والمفصل بين كون المخاطب من الاشراف فيعززل قائله أو لا فلا ويعززل في مقامه وفي قدر قيل وفي بليد وانا أظن أنه يشبه يا بله ولم يعززل رواه (قوله أكثره تسعة وثلاثون سوطا) عند أبي حنيفة (ومحمد وقال أبو يوسف يبلغ به خمسة وسبعين سوطا والاصل) في نقصه عن الحد (قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين) ذكر البيهقي أن المحفوظ أنه مرسل وأخرجه عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير ورواه ابن ناجية في فوائده حدثنا محمد بن حصين الأصم حدثنا عمار بن علي المقدسي حدثنا مسعر عن خالد بن الوليد بن عبد الرحمن عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث ورواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار مرسل فقال أخبرنا مسعر بن كدام قال أخبرني (٢) أبو الوليد بن عثمان عن الضحاك بن مزاحم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبلغ الحديث والمرسل عندها حجة موجبة للعمل وعند أكثر أهل العلم وإذا لم يبلغ به حدا فأبو حنيفة ومحمد نظر إلى صرافة عموم الشك في النبي فصرفاه إليه فنقصاه عن حد الارقاء لأن الأربعين يصدق عليها حد فلا يبلغ اليها بالنص المذكور (خصوصا والمحل محل احتياط في الدرع) وأبو يوسف اعتبر أقل حدودا لا حرار لأن الاصل الحرية ثم نقص سوطا في رواية (هشام عنه) وهو قول زفر وهو القياس) لأنه يصدق عليه قولنا ليس حدا فيكون من أفراد المسكوت عن النهي عنه وفي ظاهر الرواية عنه خمسة وسبعون قيل وليس فيه معنى معقول وذكر أن سبب اختلاف الرواية عنه أنه أمر في تعزير رجل بتسعة وسبعين وكان يعقد لكل خمسة عقدا بأصابه فعقد خمسة عشر ولم يعقد للأربعة الأخيرة لنقصانها عن الخمسة فظن الذي كان عنده أنه أمر بخمسة وسبعين وانما أمر بتسعة وسبعين قال وروى مثله عن عمر يعني خمسة وسبعين وليس

(١) قوله والتقدير من بلغ التعزير الخ) أقول هو كلام صاحب النهاية (قوله فصرفاه إليه وذلك أربعون فنقصا منه سوطا) أقول للتيقن قال الاتقي في قوله فصرفاه إليه

أي صرف أبو حنيفة ومحمد التعزير إلى أدنى الحد فنقصا منه سوطا ٥٥ والاوجه أن يقال أي فصرفا الحد المذكور في الحديث الصحيح إلى أدنى الحد (قوله والتشكيك في الحديث ينافيه) أقول المطلق قد ينصرف إلى الكامل كما بين في علم الاصول فقوله والتشكيك ينافيه ممنوع

(٢) بهامش نسخة العلامة البحر اوى الذي في نسخ التخريج الوليد بن محمد لفظ أبو جعفر ركنه معجمه

ثم قدر الادنى في الكتاب بثلاث جلدات لان مادونها لا يقع به الزجر وذ كر مشايخنا ان أدناه على ما رآه
الامام فيقدر بقدر ما يدرك انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس وعن أبي يوسف أنه على قدر عظم الجرم
وصغره وعنه أنه يقرب كل نوع من بابه فيقرب المس

بصح ونقل عن أبي الليث قال قيل إن أبا يوسف أخذ النصف من حد الاحرار وأكثره مائة والنصف
من حد العبيد وأكثره خمسون فتحصل خمسة وسبعون ومنع صحة اعتبار هذا الاخذ وهو لا يضرب
بعد أن أثره عن علي كاذ في الكتاب من أنه قلده عليا فيه وكونه لا يعقل يؤكده اذ الغرض أن ما لا يدرك
بالرأي يجب تقليد الصحابي فيه وانما يتم جوابه بمنع ثبوته عن علي كما قال أهل الحديث انه غريب ونقله
البعوى في شرح السنة عن ابن أبي ايلي وبقولنا قال الشافعي في الحر وقال في العبد تسعة عشر لان
حد العبد في الحر عند عشر وروى الاحرار أربعون وقال مالك لا حد لا كثره فيجوز للامام أن يزيد
في التعزير على الحد اذ رأى المصلحة في ذلك بحاجته الهوى النفس لما روى أن معن بن زائدة عمل خاتما على
نقش خاتم بيت المال ثم جاء به لصاحب بيت المال فأخذ منه ما لا يبلغ عمر ذلك فضربه مائة وحسبه فكلم
فيه فضربه مائة أخرى فكلم فيه فضربه مائة ونفاه وروى الامام أحمد باسنادهم أن عليا أتى بالنجاشي
الشاعر قد شرب خمر في رمضان فضربه ثمانين للشرب وعشرين بسوطا فطره في رمضان ولنا الحديث
المذكور ولان العقوبة على قدر الجناية فلا يجوز أن يبلغ عما هو أهون من الزنا فوق ما فرض بالزنا
وحديث معن يحنمل ان له ذنوبا كثيرة أو كان ذنبه يشتمل كثرة منها لتزويره وأخذ مال بيت
المال بغير حق وقطعه باب هذه الحيلة بمن كانت نفسه عارية عن استشرافها وحديث النجاشي
ظاهر ان لا احتياج فيه فانه نص على ان ضربه العشرين فوق الثمانين انظره في رمضان وقد نصت على
انه لهذا المعنى أيضا الرواية الاخرى القائلة ان عليا أتى بالنجاشي الشاعر وقد شرب الخمر في رمضان فضربه
ثمانين ثم ضربه من الغدة عشرين وقال ضربناك العشرين بجرأك على الله تعالى وافتارك في رمضان
فان الزيادة في التعزير على الحد في هذا الحديث وعن أحمد لا يزداد على عشرة أسواط وعليه حمل
بعض أصحاب الشافعي مذهب الشافعي لما اشتهر عنه من قوله اذا صح الحديث فهو مذهبي وقد صح
عنه عليه السلام في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي بردة انه قال لا يجلد فوق عشرة أسواط الا في
حد من حد واثله وأجاب أصحابنا عنه وبعض الثقات بأنه منسوخ بدليل عمل الصحابة بخلافه من غير
انكار أحد وكتب عمر الى أبي موسى رضي الله عنهم أن لا تبلغ بنكالا أكثر من عشرين سوطا وروى
ثلاثين الى الأربعين وبعاد كذا من تقدير أكثره بتسعة وثلاثين يعرف أن ما ذكره من تقدم من
انه ليس في التعزير شيء مقدر بل مفوض الى رأى الامام أي من أنواعه فانه يكون بالضرب وبغيره
مما تقدم ذكره اما ان اقتضى رأيه الضرب في خصوص الواقعة فانه حنيفة لا يزيد على تسعة وثلاثين
(قوله ثم قدر الادنى في الكتاب) يعني القدوري (بثلاث جلدات لان مادونها لا يقع به الزجر وذ كر
مشايخنا ان أدناه على ما رآه الامام فيقدر ما يدرك انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس) وجه
مخالفة هذا الكلام لقول القدوري انه لو رأى انه ينزجر بسوط واحد اكتفى به وبه صرح في الخلاصة
فقال واختار التعزير الى القاضي من واحد الى تسعة وثلاثين ومقتضى قول القدوري أنه اذا وجب
التعزير بنوع الضرب فرأى الامام ان هذا الرجل ينزجر بسوط واحد بكل له ثلاثة لانه حيث وجب
التعزير بالضرب فأقل ما يلزم أقله اذ ليس وراءه الاقل شيء وأقله ثلاثة ثم يقتضى انه لو رأى انه انما ينزجر
بعشرين كانت العشرين أقل ما يجب تعزيره به فلا يجوز نقصه عنه فالورأى انه لا ينزجر بأقل من تسعة
وثلاثين كان على هذا أكثر التعزير فانه أقل ما يجب منه في ذلك الرجل وتبقى فائدة تقدير أكثره بتسعة
وثلاثين انه لو رأى انه لا ينزجر الا بأكثر من تسعة وثلاثين لا يبلغ قدر ذلك ويضربه الا أكثر فقط نعم يدل
ذلك القدر بنوع آخر وهو الحبس مثلا (قوله وعن أبي يوسف انه على قدر عظم الجرم وصغره)
واحتمال المضروب وعدم احتماله (وعنه انه يقرب كل نوع) من أسباب التعزير (من بابه) فيقرب بالمس

وقوله (فيقرب المس والقبلة
من حد الزنا) يعني فيكون
فيه أكثر الجلدات وقوله
(والقذف بغير الزنا من حد
القذف) يعني فيكون فيه
أقل الجلدات

وقوله (لأنه) يعني الحبس (صلح تعزيراً) وقوله (وقد ورد الشرع به) أي بالحبس وهو ما روى أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً للتعزير (وقوله ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة) لايضاح أن الحبس يصلح للتعزير بما يجب فيه التعزير أي لم يشرع الحبس بسبب التهمة في الشيء الذي يوجب التعزير لو ثبت قبل ثبوته بأن شهد شاهدان مستوران على أنه قذف محصناً فقال يا فاسق أو يا كافر فلا يحبس التهم قبل تعديل الشهود وفي فصل الحبس بالتهمة لأن في باب الحد شيئاً آخر فوق الحبس وهو إقامة الحد عند وجود موجب له فيجوز أن يحبس في تمـ منه لتناسب إقامة العقوبة الأدنى بمقابلة الذنب الأدنى وفي باب الأموال والتعزير لا يحبس بالتهمة لأن أقصى فيها عقوبة الحبس فلا يحبس بالتمـ مـ فمما لكان إقامة العقوبة الأعلى بمقابلة الذنب الأدنى وهو عما يباهى الشرع ولم يشرع الحبس عند تهمة موجبة التعزير علم أن الحبس من التعزير إذ لو لم يكن الحبس من التعزير لم يحبس عند تهمة موجبة التعزير كما يحبس عند تهمة موجبة الزنا فلما كان الحبس (٢١٦) من التعزير بهذا الدليل جاز للامام أن يضمه إلى الضرب إن رأى ذلك كما أن

والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف قال (وان رأى الامام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل) لأنه صلح تعزيراً وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز أن يكتب به جازاً أن يضم إليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لأنه من التعزير قال (وأشد الضرب التعزير) لأنه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كي لا يؤدي إلى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء

والقبلة للأجنبية والوطء فيما دون الفرج من حد الزنا والرمي بغير الزنا من المعاصي من حد القذف وكذا السكر من غير الخمر من شرب الخمر قبل معناه يعزير في اللبس الحرام والقبلة أكثر جلدات التعزير ويعزير في قوله المحسوبا كافر وبأخيبت أقل جلدات التعزير ولكن في فتاوى قاضيخان أن أسباب التعزير إن كان من جنس ما يجب به حد القذف يبلغ أقصى التعزير وإن كان من جنس ما لا يجب به حد القذف لا يجب أقصاه فيكون مفوضاً إلى رأى الامام (قوله وان رأى الامام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل) وذلك بأن يرى أن أكثر الضرب في التعزير وهو تسعة وثلاثون لا يتزجر بها أو هو في شك من أن يجازمها يضم إليه الحبس (لأن الحبس صلح تعزيراً) بأنفراده حتى لو رأى الامام أن لا يضربه ويحبسه أبداً ما عقوبة له فعل ذلك في الفتاوى وغيرها وهو قول المصنف حتى جاز أن يكتب به (وقد ورد به الشرع في الجملة) وهو ما سلف من أنه عليه الصلاة والسلام حبس رجلاً في تهمة (جازاً أن يضمه) إذا شك في أن يجازمه بدونه (قوله ولهذا) أي ولأن الحبس بعفده يقع تعزيراً تاماً (لم يشرع بالتمـ مـ قبل ثبوته) أي لم يشرع الحبس بتهمة ما يوجب التعزير حتى لو ادعى رجل على آخر شتمه فاحشاً أو أنه ضربه وأقام شهوداً لا يحبس قبل أن يسأل عن الشهود ويحبس في الحدود وهذا لأنه إذا عدلت الشهود كان الحبس تمام موجب ما شهدوا به فلا وجب قبله لزم إعطاء حكم السبب له قبل ثبوته بخلاف الحد لأنه إذا شهدوا بموجبه ولم يعدلوا حبس لأنه إذا ثبت سببه بالتعديل كان الواجب به شيئاً آخر غير الحبس فيحبس تعزيراً بالتمـ مـ (قوله وأشد الضرب التعزير) لأنه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كي لا يؤدي إلى فوات المقصود من أن يجازم (ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء) لجريان التخفيف فيه من حيث العدد وذلك في المحيط أن يحد ذلك في حدود الأصل

للامام رأى في تقدير الضرب أن فكذلك في ضم الحبس إلى الضرب قال وأشد الضرب التعزير قال الحاكم في السكافي وضرب التعزير أشد من ضرب الزاني وضرب الزاني أشد من ضرب الشارب وضرب الشارب أشد من ضرب القاذف وضرب القاذف أخف من جميع ذلك وإنما كان ضرب التعزير أشد لأنه ناقص المقدار وهو تخفيف (فلا يخفف ثانياً في وصفه كي لا يؤدي إلى تفويت المقصود) وهو الزجر واختلاف المشايخ في شدته قال في شرح الطحاوى قال بعضهم هو الجمع في عضو واحد بجمع الأسواط بعضو واحد ولا يفرق على الأعضاء بخلاف

سائر الحدود وقال بعضهم لا بل شدته في الضرب لا في الجمع ويدل على ذلك ما روى أبو عبيدة وغيره أن رجلاً أقسم على أن أم سلمة رضي الله عنها فضر به عمر رضي الله عنه ثلاثين سوطاً كلها يضع ويحد رأى بشق و يورم ومعلوم أن عمر رضي الله عنه ضربه بطريق التعزير ولعل المصنف رحمه الله اختاره بشق إليه قوله ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء ولو كان الشدة عبارة عن عدم التفريق لزم توضيح الشيء بنفسه

قال المصنف (ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء) أقول قال صاحب الكافي في حدود الأصل بفرق التعزير على الأعضاء وفي أشربة الأصل بضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسئلة اختلاف الروايتين وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع الأول إذا بلغ التعزير أقصاه بان أصاب من الأجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الإخراج وموضوع الثاني إذا لم يبلغ أقصاه بان كان فيما عدا هذين الموضوعين اه وفي فتاوى الامام التمرناشي في التعزير لا يفرق الضربات لأنه قليل ولو فرقت لم يقع به الزجر ويضرب على الظهر أو على الألية وفي المنتقى قالوا هذا في أدنى التعزير وهو ضرب سوط أو سوطين أو ثلاثة أسواط وأما في أقصاه فيفرق اه

وقوله (ثم حد الزنا) ظاهر وقوله (ومن حده الامام أو عززه فمات قدمه هـ در) ذكر مستثنين احدهما منبذة على الامر وهو لا يقتضى السلامة في اتیان المأمور به والاخرى على الاطلاق وهو نقيضها والفرق بينهما ما ان الامر لطلب المأمور به وهو من الاثباتات وهي لا تقبل التعليق بالشرط لانه حينئذ يشبه القمار ولانه لما وجب على (٢١٧) المأمور ذلك الفعل بالامر

فبأنى المأمور بما في وسعه غير مراقب للسلامة لانه قد لا يتحقق بوصف السلامة فيبقى المأمور في ضرب الوجوب وأما الاطلاق فاسقاط لكونه رفع القيد وهو قابل للتعليق فيتعبد بوصف السلامة ولان الفعل المطلق في اختيار فاعله لانه حق الفاعل ان شاء فعل وان شاء لم يفعل فينبغي أن يتعبد بوصف السلامة لانه لا ضرورة في ترك وصف السلامة كالمرو في الطريق (وقال الشافعي في التعزير بنجب الدية في بيت المال لان الانلاف خطا فيه اذ التعزير للتأديب غير انه نجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا انه لما استوفى حق الله تعالى بأمره صار كأن الله أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان والله أعلم)

قال المصنف (ومن حده الامام أو عززه فمات قدمه هـ در) أقول يقال ذهب دمه هـ در أى باطلا وعلم ان هـ ذا ينبغي أن يكون قول أى خيفة رجحه الله تعالى فقط لما مر في باب

قال (ثم حد الزنا) لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة ولانه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم (ثم حد الشرب) لان سببه متيقن به (ثم حد القذف) لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليب من حيث رد الشهادة فلا يغلب من حيث الوصف (ومن حده الامام أو عززه فمات قدمه هـ در) لانه فعل ما فعل بالامر الشرع وفعل المأمور لا يتعبد بشرط السلامة كالفساد والبزاع بخلاف الزوج اذا عزز زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات تتعبد بشرط السلامة كالمرو في الطريق وقال الشافعي نجب الدية في بيت المال لان الانلاف خطا فيه اذ التعزير للتأديب غير انه نجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بأمره صار كأن الله أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

أن التعزير يفرق على الاعضاء وذكروا في أشربة الاصل يضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسئلة روايتان بل موضوع ما ذكر في الحدود اذا وجب تبليغ التعزير الى أقصى غايته بأمر أصاب من الاجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الانخارج واذا بلغ غاية التعزير فرق على الاعضاء والافسد العضو لموالاة الضرب الشديد الكثير عليه وموضوع ما في الأشربة ما اذا عزز أدنى التعزير كالثلاثة ونحوها واذا حد عدد ايسر اقامته في موضع واحد لا تفسده وتفرقها أيضا لا يحصل منه مقصود الا تزجاء فيجمع في محل واحد وعلى هذا فغنى شدة الضرب قوته لاجتماعه في عضو واحد كما قيل اذ صح أنه لا يجمع في عضو واحد مطلقا (ثم حد الزنا) بلى التعزير في الشدة لانه ثابت بالكتاب وأعظم جناية حتى شرع فيه الرجم) وهو انلاف النفس بالكلية (ثم حد الشرب) لانه ثبت باجماع الصحابة لكن لا يتلى في القرآن وفي زمنه عليه الصلاة والسلام كان غير مقدر على ما تقدم (ولان سببه متيقن) فيكون سببه لا شبهة فيها والمادة ان الشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت لانه بالبينه أو الاقرار وهو ما لا يوجب اليقين فان قيل يفيد انه شرعاً بمعنى أن عندهما يستيقن لزوم الحد أو ان الثابت به ما كالتأنيب بالعمامة قلنا كذلك القذف ثبت بالبينه أو الاقرار فلا يقع فرق حينئذ بينهما ما بخلاف القذف لان سببه باعتبار كونه فرية وبالبينه لا يتيقن بذلك لجواز صدقه فيما نسبته اليه (ولانه جرى فيه التغليب برد الشهادة فلا يغلب) مرة أخرى (من حيث الوصف) وهو شدة الضرب ولان الشرب ينتظم القذف كما قال على رضي الله عنه اذا شرب هذى واذا هذى افترى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف فيزداد العدد نظرا الى المنطة فلا يغلب بالشدة فاشدها التعزير وأخفها حد القذف وعند أحمد أشد الضرب حد الزنا ثم حد القذف ثم التعزير وقال مالك الكل سواء لان المقصود من الكل واحد ثم ذكر في المبسوط بأنه يحد ويعزر في ازار واحد وفي فتاوى قاض خان يضرب في التعزير بقائم عليه ثيابه وينزع الحشوا والفرو ولا يعد في التعزير (قوله ومن حده الامام أو عززه فمات قدمه هـ در) وهو قول مالك وأحمد وقال الشافعي رجحه الله بضمن ثم في قول نجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم الذي يلحقه بسبب عمله عليهم وفي قول على عاقلة الامام لان أصل التعزير غير واجب عليه ولو وجب فالضرب غير متعين في التعزير فيكون فعله مباحا فيتعبد بشرط السلامة ولم يسلم فيجب على عاقلته وهذا يخص التعزير ونحن نقول ان الامام مأمور بالحد والتعزير عند عدم ظهور الا تجارله في التعزير بحق الله تعالى (وفعل المأمور لا يتعبد بشرط السلامة كما في الفساد) لانه لا بد له من الفعل والاعقاب والسلامة

(٢٨ - فتح القدير رابع) الشهادة على الزنا من انهما غمرا بيت المال لومات من الجلد قال المصنف (في بيت المال) أقول وفي قول آخر في ماله كما سبق في باب الشهادة على الزنا قال المصنف (من غير واسطة) أقول أى من غير واسطة جلد الجلد فلا يكون الانلاف خطا منه (قوله وأما الاطلاق فاسقاط) أقول الاطلاق رفع القيد

﴿ كتاب السرقة ﴾

السرقه في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسار ومنه استراق السمع قال الله تعالى
الامن استرق السمع

خارجة عن وسعه الذي في وسعه أن لا يتعرض لسيبها القريب وهو بين أن يبالغ في التخفيف فلا يسقط
الوجوب به عنه أو يفعل ما يقع زاجرا وهو ما هو مؤلم زاجر وقد يتفق أن يموت الإنسان به فلا يتصور الأمر
بالضرب المؤلم الزاجر مع اشتراط السلامة عليه بخلاف المباحات فانها رفع الجناح في الفعل وإطلاقه
وهو مخبر فيه بعد ذلك غير ملازم فيه فصح تقييده بشرط السلامة كالمرور في الطريق والاصطياد ولهذا بضمن
إذا عزر أمراته فماتت لأنه مباح ومنفعته ترجع اليه كما ترجع إلى المرأة من وجه آخر وهو استقامتها على
ما أمر الله به وذكر الحاكم أنه لا يضرب امرأته على ترك الصلاة ويضرب ابنه وكذا المعلم إذا أدب الصبي
فمات منه بضمن عندنا والشافعي أما لو جامع زوجته فماتت أو أفضاها لا بضمن عند أبي حنيفة وأبي
يوسف ذكره في المحيط مع أنه مباح فينتقيد بشرط السلامة لأنه ضمن المهر بذلك الجماع فلو وجبت الدية
وجب ضمانان بضمون واحد **تنبيه** الأول للأنسان فيما إذا قبل له ما يوجب التعزير أن لا يجيبه قالوا
لو قال له يا خبيث الأحسن أن يكف عنه ولورفع إلى القاضي ليؤدبه يجوز ولو أجاب مع هذا فقال بل أنت
لأبأس وإذا أساء العبد الأدب حل لمولاه تأديبه وكذا الزوجة وفي فتاوى القاضي من ينهم بالقتل
والسرقة يحبس ويخلد في السجن إلى أن يظهر التوبة وفيها عن أبي يوسف إذا كان يبيع الخمر ويشتري
ويترك الصلاة يحبس ويؤدب ثم يخرج والساحر إذا ادعى أنه يخلق ما يفعل إن تاب وتبرا وقال الله
تعالى خالق كل شيء قبلت توبته وإن لم يتب يقتل وكذا الساحرة تقتل بردها وإن كانت المرتدة لا تقتل
عندنا لكن الساحرة تقتل بالاثر وهو ما روي عن عمر أنه كتب إلى عماله اقتلوا الساحر والساحرة زاذ في
فتاوى قاضيان وإن كان يستعمل السحر ويجحد ولا يدري كيف يقول فإن هذا الساحر يقتل إذا أخذ
وثبت ذلك منه ولا تقبل توبته وفي الفتاوى رجل يتخذ لعبة للناس ويفرق بين المرء وزوجه بتلك اللعبة
فهذا ساحر ويحكم بارتداده ويقتل قال في الخلاصة هكذا ذكره القاضي مطلقا وهو محمول على ما إذا كان
يعتقد أن له أثرا انتهى وعلى هذا التقدير فلم يذكر حكم هذا الرجل وعلى هذا التقدير أعني عدم الحكم
بارتداده فينبغي أن يكون حكمه أن يضرب ويحبس حتى يحدث توبة وهل يحل الكتابة بما علم أن فلانا
يتعاطى من المناكير لا يسه قالوا إن وقع في قلبه أن أباه يقدر أن يغير على ابنه يحل له أن يكتب إليه وإن لم
يقع في قلبه لا يكتب وكذا بين الرجل وزوجه وبين السلطان والريعية ويعزر من شهد شرب الشاربين
والمجتمعون على شربه الشرب وإن لم يشربوا ومن معه ركوة خمر والمفطر في نهار رمضان يعزر ويحبس
والمسلم الذي يبيع الخمر أو يأكل الربا يعزر ويحبس وكذا المغني والمختل والناثحة يعزرون ويحبسون حتى
يحدثوا توبة وكذا المسلم إذا شتم الذي يعزر لانه ارتكب معصية ومن ينهم بالقتل والسرقة يحبس
ويخلد في السجن إلى أن تظهر التوبة وكذا يسجن من قبل أجنبية أو عاتقها أو مسها بشهوة والله أعلم

﴿ كتاب السرقة ﴾

لما كان المقصود من الحدود الاتزاج عن أسباب ما شملت عليه من المفساد روعي في ترتيبها في
التعليم ترتب أسبابها في المفساد فكانت مفسدته أعظم يقدم على ما هو أخف لأن تعليمه وتعلمه أهم
وأعظم المفساد ما يؤدي إلى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من وجه كونه قذرا معني وبليه ما يؤدي إلى
فوات العقل وهو الشرب لانه كفوات النفس من حيث أن عديم العقل لا ينتفع بنفسه كعديم النفس
وبليه ما يؤدي إلى افساد العرض وهو القذف فانه أمر خارج عن الذات يؤثر فيها ويلحق أمر اقبيحا
وبليه ما يؤدي إلى اتلاف المال فانه الأمر الخلق وقاية للنفس والعرض فكان آخرها فخره والسرقة

﴿ كتاب السرقة ﴾

لما فرغ من ذكر الزواجر
المتعلقة بصيانة النفوس
شرع في ذكر الزواجر
المتعلقة بصيانة الأموال لأن
صيانة النفس أقدم من صيانة
المال والسرقة في اللغة عبارة
عما ذكر في الكتاب وقوله
تعالى الامن استرق السمع
معناه استمع اليه على وجه
الخفية

﴿ كتاب السرقة ﴾

(قوله لما فرغ من ذكر
المزاج المتعلقة بصيانة
النفوس) أقول أراد
بصيانة النفوس ما يشمل
صيانة العقول والاعراض
أيضا فإن الأول صيانة
جزئها والثاني صيانة
ما يتصل بها فانه صيانة ماء
الوجه (قوله لأن صيانة
النفس أقدم من صيانة
المال) أقول لأن المال
وقاية النفس قال الله تعالى
خلق لكم ما في الأرض
جميعا وقال الشاعر

أصون عرضي على لأدنسه
لأبارك الله بعد العرض في المال

وقوله (وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة) هي أن يقال السرقة أخذ مال الغير على سبيل الخفية نصابا محرزا للتمول غير متسارع اليه الفساد من غير تأويل ولا شبهة (والمعنى اللغوي) وهو أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار أمر (مراعى فيها) قال صاحب النهاية أعلم أن ما نقله الشارع البناء على ثلاثة أقسام أحدها ما هو المقرر على ما أنبأ به اللغة من غير تغيير كقوله تعالى وجاء أخوة يوسف ولما جهزهم بجهازهم والثاني ما هو المعدول عما أنبأ به اللغة من كل وجه كالصلاة والزكاة والصوم فإن الصلاة شرعا عبارة عن الأركان المعهودة وليس لها أنباء لغوي وكذلك في غيرها والثالث ما أنبأ به اللغة مقرر مع زيادة نفي فيه شرعا كالسرقة على ما ذكرناه وفيه نظر لأن الصلاة في اللغة الدعاء وهي مقررة في الشرع مع زيادة أوصاف وكذلك الصوم هو الامساك والزكاة هو التمسك والخمس هو القصد والمعاني اللغوية في كل ذلك موجودة مع زيادة أوصاف ويمكن أن يجاب عنه بأنه نظر على المثال وهو ليس بصحيح عند المحصلين وقوله (كما إذا نقب الجدار على الاستسرار) نظير ما يكون معناه اللغوي موجودا فيه ابتداء وترك نظير الأول لظهوره وكان القياس أن لا يقطع فيما إذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة أى مقابلة بسلاح (٢١٩) لأن ركن السرقة الأخذ على سبيل الخفية والاستسرار والخفية

وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه إن شاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء أو ابتداء لا غير كما إذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى أعني قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدى لحفظ الطريق بأعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه

تفسير لغة وهو ما ذكر في الكتاب وهو أخذ الشيء من الغير على وجه الخفية ومنه استراق السمع وهو ان يستمع مستخفيا وفي الشريعة هي هذا أيضا وانما زيد على مفهومها قيود في اناطة حكم شرعي بها اذ لا شك أن أخذ أقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهي شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعي فاذا قيل السرقة الشرعية الأخذ خفية مع كذا وكذا لا يحسن بل السرقة التي علق بها الشرع وجوب القطع هي أخذ العاقل البالغ عشرة دراهم أو مقدارها خفية عن هو متصدى للحفظ مما لا يتسارع اليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة ونعم شبهة في التأويل قيل فلا يقطع السارق من السارق ولا أحد الزوجين من الآخر أو زنى الرحم الكاملة والنقل خلاف الأصل لا يصار اليه حتى يتعين بما لا مرد له كالصلاة على ما هو المذهب المختار عند الأصوليين وما قيل هي في مفهومها اللغوي والزيادات شروط غير مرضى والقطع بأنها الأفعال والقراءة عندنا ولو بغير الفاتحة فكيف يقال انها في الشرع للدعاء والأفعال شرط قبوله والقرض انه لا يقبل الدعاء قط هذا وسيأتي في السارق من السارق خلاف (قوله والمعنى اللغوي) يعني الخفية (مراعى فيها ما ابتداء وانتهاء) وذلك في سرقة النهار في المصر (أو ابتداء لا غير) وهي في سرقة الليل فلذا إذا دخل البيت ليلا خفية ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقابلة بمن في يده قطع به لا اكتفاء بالخفية الأولى وإذا كابر في المصر نهارا وأخذ ماله لا يقطع استحسانا وان كان دخل خفية والقياس كذلك في الليل لكن يقطع إذا غالب السرقات في الليل تصير مغالبة اذ قليلا ما يختفي في الدخول والأخذ بالكلية وعليه فرع إذا كان صاحب

الخفية والاستسرار والخفية ان وجدت وقت الدخول توجد وقت الأخذ فان الأخذ حصل بطريق المغالبة لم يكن استحسنا وقالوا بوجوب القطع لانهم لو اعتبروا الخفية وقت الأخذ لا تمتنع القطع في أكثر السرقات لان أكثرها في الليل يصير مغالبة في الانتهاء لانه وقت لا يلحق الغوث وقوله (أو من يقوم مقامه) يعني المودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن

(قوله وقوله وقد زيدت عليه إلى قوله ان يقال السرقة الخ) أقول هنا نوع مساحبة في العبارة (قوله السرقة أخذ مال الغير

الخ) أقول هذه هي السرقة التي توجب القطع والافسدة ما دون نصاب سرقة أيضا لغة وشرعا فان العبد اذا سرق ما دون النصاب برد على بائعه بعيب السرقة ولا يقطع كذا في الخلاصة وغيرها (قوله محرز التمول الخ) أقول احتراز عن سرقة المصحف وصحيفة الحديث وصحائف العربية والشعر فان المصحف والحديث يدخران للقراءة لا للتمول وكذا غيره لا يقصد به التمول بل معرفة الحكم والأمثال (قوله غير متسارع اليه الفساد من غير تأويل) أقول احتراز عن أخذ صاحب الحق خلاف جنس حقه اذا قال أخذت لأجل حتى فإنه أخذه متأولا (قوله فان الصلاة شرعا عبارة الخ) أقول قال العلامة نحر الدين الزيلعي في أول كتاب الصلاة الصلاة في اللغة العالية الدعاء قال الله تعالى وصل عليهم ان صلاتك سكن لهم أي ادع لهم وانما عدى بعلى باعتبار لفظ الصلاة وفي الشرع عبارة عن الأفعال المخصوصة المعهودة وفيها زيادة مع بقاء معنى اللغة فيكون تغيير الانقلا وفي الغاية والظاهر انها منقولة لوجودها بدونه في الامم انتهى وفيه تأمل فان الدابة منقولة الى ذوات القوائم الأربع مع وجود المعنى الأصلي فيها (قوله والثالث ما أنبأ به مقرر الخ) أقول أي ما أنبأ به اللغة (قوله وهي مقررة في الشرع) أقول فيه ان الصلاة ليس يلزم ان يشتمل على معنى الدعاء كما في الامم (قوله وان وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الأخذ) أقول فكان فيه شبهة العدم والحدود تندري بالشبهات

قال (واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته ذلك مضروبة من حرز لا شبهة فيه) على ما سيظهر لك معناه (وجب القطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) فان الحكم اذا ترتب على صفة كان مصدرها علة كما عرف والاية كما ترى عام لكنه لم يتناول الصبي والمجنون لانه خطاب الشرع فهو تكليف ولا تكليف الا مع العقل والبلوغ فلا بد من تحققهما لتحقيق الجنابة المستلزمة للجزاء وأما تقدير المال فلما ذكره في الكتاب وهو قول فقهاء الامصار وأما أصحاب الظواهر فلا يعتبرون النصاب وهو منقول عن الحسن البصري (٢٢٠) رضى الله عنه مستدلاً بظاهر الآية فانه ليس فيها ما يدل على النصاب أصلاً بخلاف

كونه مالا محرزاً فان لفظ السرقة يدل على ذلك لان أخذ المباح يسمى اصطفاً أو احتطاباً لا سرقة وكذلك ما ليس بمحرز فأخذه لا يسمى سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ وقتلنا معنى اسم السارق يدل على خطر المأخوذ لانه مشتق من السرقة وهي القطعة من الحرير فلا بد من التقدير بالمال الخطير محافظة على المفهوم اللغوي

قال المصنف (واذا سرق العاقل البالغ الخ) أقول قال في الكنز السرقة أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ انتهى قال العلامة الزبلي في شرحه قوله مضروبة إشارة الى انه اذا سرق فضة غير مضروبة وزنها عشرة دراهم أو أكثر فقيمتها أقل من عشرة مضروبة لا يقطع بخلاف المهر حيث يصح جعلها مهراً والفرق بينهما

قال (واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع) والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما - ما الاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجنابة لا تتحقق دونها والقطع جزء الجنابة ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تغتر في الحقيق وكذا أخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبننا وعند الشافعي التقدير بربع دينار وعند مالك رجة الله تعالى عليه بثلاثة دراهم له ما ان القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في غن المجن وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل المتيقن به أولى

الدار يعلم دخوله والصل لا يعلم كونه فيها أو يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله أو كان لا يعلم ان قطع ولو علم لا يقطع ولما كانت السرقة تشمل الصغرى والكبرى والخفية المعتبرة في الصغرى هي الخفية عن عين المالك أو من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن كانت الخفية المعتبرة في الكبرى مسارقة عين الامام ومنععة المسلمين الملتزم فقط طرق المسلمين وبلادهم وركناتها نفس الاخذ المذكور وأما شروط ثبوت الحكم ومنها تفصيل النصاب فيأتي في أثناء المسائل (قوله واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والاصل في وجوب القطع قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجنابة لا تتحقق دونهما) لانها بالخالفه والخالفه فرع تعلق الخطاب (قوله ولا بد من التقدير بالمال الخطير) اختلف في انه هل يقطع بكل مقدار من المال أو لا بد من مقداره معين لا يقطع في أقل منه فقال بالاول الحسن البصري وداود والخوارج وابن بنت الشافعي لا تطلق الاية ولقوله عليه السلام لعن الله السارق يسرق الخيل فتقطع يده ويسرق البعوضة فتقطع يده متفق عليه ومن سوى هؤلاء من فقهاء الامصار وعلماء الاقطار على انه لا قطع الاعمال مقدار لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع الا في ربع دينار فصاعداً متفق عليه فلزم في الاول التأويل بالخيل الذي يبلغ عشرة دراهم وبالبيضة البيضة من الحديد أو النسخ ولو قيل ونسخه أيضا ليس أولى من نسخ ما روينا فلنا لا نرى في وجهه أو لويه الخيل وهو مع الجمهور فان مثله في باب الحدود متعين عند التعارض ثم قد نقل اجماع الصحابة على ذلك وبه يتقيد اطلاق الآية وبالعقل وهو ان الحقيق مطلقاً تغتر الرغبات فيه فلا يمنع أصلاً كجبة قمح وهو مما يشمله اطلاق الآية (وكذا لا يخفى أخذه فلا يتحقق) بأخذه (ركن السرقة) وهو الاخذ خفية (ولا حكمة الزجر) أيضا (لانها فيما يغلب) فان مالا يغلب لا يحتاج الى شرع الزجر لانه لا يتعاطى فلا حاجة الى الزجر عنه فهذا مخصص عقلي بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز بالاجماع ثم اختلف الشارطون لمقدار معين في تعيينه فذهب أصحابنا في جماعة من التابعين الى انه عشرة دراهم وذهب الشافعي الى انه ربع دينار وذهب مالك وأحمد الى انه ربع دينار أو ثلاثة دراهم لما روى مالك في موطئه عن عبد الله بن أبي بكر

ان الحدود تدبراً بالشبهات فينعلق بالكامل والمهر يثبت مع الشبهة فيصح كيفما كان وعلى هذا وإن الفضة عن أول الزوف اذا سرق ما وزنها عشرة وقيمتها أقل أو قيمتها عشرة ووزنها أقل لا يقطع انتهى وأنت خير بأن المفهوم من الهداية اعتبار القيمة فقط فليتنامل فانه يقال ذلك فيما اذا لم يكن المسروق من جنس الدراهم والا فيتحقق الشبهة (قوله لانه خطاب الشرع الخ) أقول فيه ان الخطاب لا لئمة لا للسارق (قوله لانه مشتق) أقول بالاستقاق الكبير وفيه ما فيه (قوله من السرقة الخ) أقول لعل هذا مغالطة ناشئة من اشتراك اللفظ

غير أن الشافعي رحمه الله يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما وثلاثة ربعها ولنا أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتيالا للدراهم وهذا لأن في الأقل شبهة عدم الجناية وهي دائرة للحد وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع إلا في ديناراً وعشرة دراهم

عن أبيه عن عمرة بنت عبد الرحمن أن سارقاً سرق في زمن عثمان بن عفان أربعة فأمس بها عثمان فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثني عشر ديناراً فقطع عثمان يده قال مالك أحب ما يجب فيه القطع إلى ثلاثة دراهم سواء ارتفع الصرف أو اتضع وذلك لأنه عليه الصلاة والسلام قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وعثمان قطع في أربعة قيمتها ثلاثة دراهم وهذا أحب ما سمعت إلى انتهى وكون المجن بثلاثة في حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقاً في مجن قيمته ثلاثة دراهم أخرجه الشيخان وفي لفظ لهما عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً (غير أن الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما وثلاثة ربعها) وفي مسند أحمد عن عائشة عنه عليه الصلاة والسلام أقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم وقد ظهر أن المراد مما ذكر المصنف من قوله أن القطع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان إلا في مجن أنه ما كان إلا في مقدار غنة لا حقيقة اللفظ وهي أن المسروق كان نفس غنة فقطع به إذ ليس كذلك بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وكانت قيمته ثلاثة دراهم (ولنا أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتيالاً للدراهم) فعرف أنه قد قبل في مجن أكثر مما ذكر ويريد بذلك حديث أيمن رَوَاهُ الحَاكِمُ في المستدرک عن مجاهد عن أيمن قال لم تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا في مجن وغنة يومئذ دينار وسكت عنه ونقل عن الشافعي أنه قال لمجد بن الحسن رضي الله عنه هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع في ربع دينار فصاعداً فكيف قلت لا تقطع اليد إلا في عشرة دراهم فصاعداً فقال قد روى شريك عن مجاهد عن أيمن ابن أم أيمن أن أخى أسامة بن زيد لأمه وإن الشافعي أجاب بأن أيمن ابن أم أيمن قتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين قبل أن يولد مجاهد قال ابن أبي حاتم في المراسيل وسألت أبي عن حديث رَوَاهُ الحسن بن صالح عن منصور عن الحكم عن عطاء ومجاهد عن أيمن وكان فقيهاً قال تقطع يد السارق في مجن المجن وكان مجن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ديناراً قال أيمن هو مرسل وأرى أنه والد عبد الواحد بن أيمن وليس له صحبة وظهرهم هذا القدر أن أيمن اسم الصحابي فهو ابن أم أيمن وأنه استشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بمجنين واسم لتابعي آخر وقال أبو الجراح المزني في كتابه أيمن الحبشي مولى بني مخزوم روى عن سعد وعائشة وجابر وروى عنه ابنه عبد الواحد وثقه أبو زرعة ثم قال أيمن مولى ابن الزبير وقيل مولى ابن أبي عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم في السرقة إلى أن قال وعنه عطاء ومجاهد قال النسائي ما أحسب أن له صحبة فقد جعله اسم التابعين وأما ابن أبي حاتم وابن حبان فجعلاهما واحداً قال ابن أبي حاتم أيمن الحبشي مولى ابن أبي عمر روى عن عائشة وجابر روى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد قال سمعت أبي يقول ذلك وسئل أبو زرعة عن أيمن والد عبد الواحد فقال مكى ثقة وقال ابن حبان في الثقات أيمن بن عبيد الحبشي مولى لابن أبي عمر الخزرجي من أهل مكة روى عن عائشة وروى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد بن أيمن وكان أخاً لأسامة بن زيد لأمه وهو الذي يقال له أيمن ابن أم أيمن مولا للنبي صلى الله عليه وسلم قال ومن زعم أن له صحبة فقد وههم حديثه في القطع مرسل فهذا يخالف الشافعي وغيره ممن ذكر أن أيمن ابن أم أيمن قتل يوم حنين وأنه صحابي حيث جعله من التابعين وهكذا فعل الدارقطني في سننه أيمن لا صحبة له وهو من التابعين ولم يدرك زمان النبي صلى الله

والتقدير بعشرة دراهم
بقوله صلى الله عليه وسلم
لا قطع إلا في ديناراً وعشرة
دراهم رَوَاهُ الترمذی فی
جامعه عن ابن مسعود

قال المصنف (غير أن
الشافعي) أقول أنت
نجير بانه لا يدل على اعتبار
التقدير بربع دينار بل
وجهه أمر آخر وهذا
الدفع المخالف بين الروايتين
قال المصنف (وقد تأيد ذلك
بقوله صلى الله عليه وسلم)
أقول فيه أنهم صرحوا بأن
ما يصلح له لا يصلح مرجحاً

وقوله (واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا) بيان لقوله عشرة دراهم مضروبة واستدلال عليه بلفظ الدراهم المد كورقة الحديث والمراد بالكتاب القدوري وقوله (وهو الاصح) احتراز عما روى الحسن عن أبي حنيفة ما يدل على أن المضروبة وغيرها سواء وكلامه ظاهر فان قلت روت عائشة رضي الله عنها أن يد السارق لم تقطع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم الا في ثمن من حقة أو ثمن وروى مالك عن نافع عن عبد الله (٢٢٢) بن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في ثمن ثلاثة دراهم وقد

أخذ به مالك رضي الله عنه وروت عمرة عن عائشة موقوفا ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقطع في ربع دينار فصاعدا وبه أخذ الامام الشافعي رضي الله عنه فإوجه دفع ذلك قلت مدلول الحديثين واحد لان قيمة الدينار كانت اثني عشر درهما وثلاث دراهم كانت ربع دينار ويعارضهما ما روى في السنن وشرح الا^٢ فارمسندا الى عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع رجلا في ثمن دينار أو عشرة دراهم ولما تعارضا ولا مرجح صرنا الى اطلاق قوله عليه السلام لا قطع الا في دينار الحديث والى المعقول ودون العمل بذهبنا يستلزم العمل بذهبنا مع اشتداله على الاحتيال للدره فوجب العمل به

(قوله الا في ثمن حقة) أقول بالتحريك بتقديم الحاء (قوله ولما تعارضا ولا مرجح صرنا الى اطلاق

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجنابة حتى لو سرق عشرة نبراقمها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة

عليه وسلم ولا الخلفاء بعده وهو الذي يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أن ثمن الدينار روى عنه ابنه عبد الواحد وعطاء ومجاهد والحاصل أنه اختلف في أين راوى قيمة الثمن هل هو صحابي أو تابعي ثقة فان كان صحابيا فلا اشكال وان كان تابعيا ثقة كما ذكره أبو زرعة الامام العظيم الشأن وابن حبان فحديثه مرسل والارسال ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء فادعنا بل هو حجة فوجب اعتباره وحينئذ فقد اختلف في تقويم ثمن الجن أهو ثلاثة أو عشرة فيجب الاخذ بالاكثر هنا لا يجب الشرع الدرهما أمكن في الحديث وثم يقوى بما رواه النسائي أيضا بسنده عن ابن اسحق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كان ثمن الجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم وأخرجه الدارقطني أيضا وأخرجه هو وأحمد في مسنده عن الحجاج بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وكذا اسحق بن راهويه وروى ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب القطة عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما بلغ ثمن الجن قطعت يد صاحبه وكان ثمن الجن عشرة دراهم قال المصنف وتأتي ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار أو عشرة دراهم وهذا من اللفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق ومن طريقه الطبراني في معجمه وأشار اليه الترمذي في كتابه الجامع فقال وقد روى عن ابن مسعود أنه قال لا قطع الا في دينار أو عشرة دراهم وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود والقاسم بن عبد الرحمن لم يسمع من ابن مسعود انتهى وهو صحيح لان الكل ما رواه الا عن القاسم لكن في مسنده أبي حنيفة من رواية ابن مقاتل عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبد الله بن مسعود قال كان قطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في عشرة دراهم وهذا موصول وفي رواية خلف بن ياسين عن أبي حنيفة أنما كان القطع في عشرة دراهم وأخرجه ابن حرب من حديث محمد بن الحسن عن أبي حنيفة برفعه لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم فهذا موصول مرفوع ولو كان موقوفا لكان له حكم الرفع لان المقدرات الشرعية لا تدخل للعقل فيها فالوقوف فيها محمول على الرفع (قوله واسم الدراهم) يعني في الحديث وهو قوله أو عشرة دراهم (ينطلق على المضروبة عرفا) فإذا أطلق بلا قيد فهو وجه اشتراط كونها مضروبة في القطع كما ذكره في القدوري (وهو ظاهر الرواية وهو الاصح) لظاهر من الحديث و (رعاية لكمال الجنابة) لانها شرط العقوبة وشروط العقوبات يراعى وجودها على وجه الكمال ولهذا شرطنا الجودة حتى لو كانت زوفا لا يقطع بها ولو تجوز به لان نقصان الوصف بنقصان الذات وعن أبي يوسف يقطع بها اذا كانت راتجة (حتى لو سرق عشرة نبراق) أي فضة غير مضروبة صكا (قيمتها أقل من عشرة مصكوكة لا يجب القطع) على ظاهر المذهب وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يقطع للاطلاق المذكور وأنت تعلم ان المطلق يقيد بالعرف والعادة (قوله والمعتبر وزن سبعة) يعني المعتبر في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها

قوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه بحث اما أولا فلان قوله ولا مرجح ممنوع وأما ثانيا فلان شرجه ما يكون لا يطابق المشروح الا ترى الى قول صاحب الهداية ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب أولى الخ (قوله وهو ان العمل بذهبنا يستلزم العمل الخ) أقول فيه بحث اذا ما ادعاء من الاستلزام غير ظاهر بل الظاهر عكس ذلك والجواب ان مراده العمل بذهبنا عمل بالمتفق عليه دون مذهبهما فإنه مختلف فيه وأدنى درجات الخلاف ابراث الشبهة فتأمل

مناقب لانه هو المتعارف في عامة البلاد وقوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر بقيمتها وإن كان ذهباً ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارة وسنيذنه من بعد إن شاء الله تعالى قال (والعبد والحرفي القطع سواء) لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتم كامل صيانة لاموال الناس (ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يقطع إلا بالاقرار مرتين) وروى عنه أنه ما في مجلسين مختلفين لانه احدى الجنتين فيعتبر بالآخرى وهي البيضة كذلك اعتبرنا في الزنا

قال (والعبد والحرفي القطع سواء) قدم ذكر العبد على الحر لكونه أهم لان عدم التساوي انما يتوهم من جهته وكلامه واضح

قال المصنف (إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر بقيمتها وإن كان ذهباً) أقول فيه تأمل فان المذكور في الحديث الذي رواه أصحابنا الا في دينار أو عشرة دراهم فما بالهم لم يعتبروا القيمة بالدينار مع تقدمه في الذكر والاحتياط فيه للدره أشد ولم يرق وموافق الذهب بالدينار وجنس الفضة بالدراهم وغيرهما بأحدهما ايما كان لم أقف على وجهه في كتبهم إلى الآن ولعل مستندهم ان تقويم المجن وقع بالدراهم في الزاوية التي أخذوا بها وفيه تأمل وجواب ذلك مذكور في الكافي فراجع

ما يكون وزن عشرة وزن سبعة (مناقب) كافي الزكاة وقدم بمختلفها في الزكاة وهو انه ينبغي أن يراعى أقل ما كان من الدراهم على ما قالوا وأما هنا فمقتضى ما ذكره من ان الدراهم كانت في زمنه صلى الله عليه وسلم ثلاثة أصناف صنف وزن خمسة وصنف وزن ستة وصنف وزن عشرة أن يعتبر في القطع وزن عشرة فهو لما مقتضى أصلهم في ترجيح تقدير المجن بعشرة بأنه أدرا للحدوما كان دارنا كان أولى لا يقال هذا احداث قول ثالث لانا نقول لانسلم فانه انما يكون ذلك اذا تحققنا أن كل من قدر نصاب القطع بعشرة قدر العشرة بوزن سبعة وهو ممنوع فان من نقل تقديره بعشرة سفيان النوري وعطاء ولم يتقن تقديرهما بوزن سبعة فلا يتحقق لزوم القول الثالث ثم هذا البحث الزام على قوالهم ان وزن سبعة لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما ان قيل كالشافعية انما كانت كذلك في زمنه صلى الله عليه وسلم فلا (قوله وقوله) أي قول القذوري (أو ما يبلغ قيمته عشرة إشارة إلى ان غير الدراهم تعتبر بقيمتها بالدراهم وإن كان ذهباً) حتى لو سرق ديناراً قيمته أقل من عشرة لا يقطع ذكره في المحيط قال والمراد من الدينار المذكور أنه يقطع به في الحديث ما يكون منقوماً به لا قيمة الوقت أي يكون ديناراً قيمته عشرة دراهم فضة جيد بوزن سبعة مناقيل أو أكثر سواء كانا في الوقت كذلك أو لا فلا اعتبار للوقت لانه يزيد وينقص فيه السعر ولا بد من كون قيمة غير الفضة بعشرة يوم السرقة ووقت القطع حتى لو نقص القيمة وقت القطع عن عشرة لم يقطع الا ان كان النقص بسبب عيب دخله او فوات بعض العين فعلى هذا اذا سرق في بلد ما قيمته فيها عشرة فأخذ في أخرى وقيمتها فيها أقل لا يقطع وفي قول الطحاوي يعتبر وقت الاخراج من الحرز فقط ولو سرق أقل من وزن عشرة فضة تساوي عشرة مصكوك لا يقطع لانه يخالف النص وهو قوله لا قطع الا في ديناراً وعشرة دراهم في محل التص وهو أن يسرق وزن عشرة ولا بد من ثبوت دلالة القصد إلى النصاب المأخوذ وعليه ذكر في التجنيس من علامة النوازل سرق ثوباً بقيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع وذكر من علامة فتناءي أئمة سمرقند اذا سرق ثوباً لا يساوي عشرة وفيه دراهم مضروبة لا يقطع وقال وهذا اذا لم يكن الثوب وعاء للدراهم عادة فان كان يقطع لان القصد فيه يقع على سرقة الدراهم ألا يرى أنه لو سرق كيساً فيه دراهم كثيرة يقطع وان كان الكيس يساوي درهما ولا بد من أن يكون للسروق منه يد صحيحة حتى لو سرق عشرة ودبعة عند رجل ولولعشرة رجال يقطع بخلاف السارق من السارق على الخلاف وان يخرج ظاهراً حتى لو ابتلع ديناراً في الحرز وخرج لا يقطع ولا ينتظر أن يتغوط به بل يضمن مثله لانه استهلكه وهو سبب الضمان للرجال وان يخرج النصاب عمرة واحدة فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لا يقطع (قوله والعبد والحرفي القطع سواء لان النص لم يفصل) بين حر وعبد ولا يمكن التنصيف (فيتم كامل) وهذا لان الجناية موجبة للعقوبة (صيانة لاموال الناس) والرق منصف فما أمكن فيه التنصيف نصف عليه وبه يحصل موجب العقوبة وما لا يكمل ضرورة والأهدر السبب في حقه بخلاف الزنا فان له حدين الجلد والرجم فانتظم النص الحر والمرفوق في الجلد فمد على نصف حد الاحرار بقوله تعالى فعلمين نصف ما على المحصنات من العذاب ثم شرع الحد الآخر وهو الرجم على الاحرار ابتداء بحيث لم يتناول الارقاء (قوله ويجب القطع باقراره مرة واحدة عند أبي حنيفة ومحمد) ومالك والشافعي وأكثر

وبين قولها ان السرفقة ظهرت

وكل ما يظهر بشهادة
شاهدین يظهر بالاقرار
مرة واحدة كالقصاص
وحد القذف وغيرهما
وكل ما يظهر بالاقرار مرة
واحدة يكتفى به فلا حاجة
الى الزيادة واذا تلمعت هذا
البيان وجدت الاعتراض
بان الزنا أيضا يظهر
بالاقرار مرة مسافطا (قوله
ولا اعتبار بالشهادة)
جواب عن قياس احدى
الجنين بالآخرى ببيان
الفارق وهو ما ذكر ان
الزيادة تفيد فيها تقليل
تهمة الكذب ولا تقيد
في الاقرار شيئا لانه لا تهمة
فيه وقوله (وباب الرجوع)
جواب عما يقال انما
يشترط التكرار لقطع
احتمال الرجوع كافي
الزنا ووجه ذلك انه لو اقر
مرارا كثيرة ثم رجع
صح رجوعه في حق الحد
لانه لا مكذب له فيه
بخلاف الرجوع عن
المال فان له فيه مكذبا
وهو صاحب المال فلا
يصح قطعه به هذا أن
لا فائدة في تكرار الاقرار
لا في حق القطع ولا في
حق اسقاط ضمان المال
بالاقرار وقوله (واشترط
الزيادة في الزنا) جواب
عن قوله وكذلك اعتبرنا في
الزنا

(فوله وجددت الاعتراض

الى قوله ساقطاً) أقول الاعتراض للسفناقي

ولهـ ما ان السرقة قد ظهرت بالاقرار مرة فيكفي به كفاي القصاص وخذ القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح أصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال (ويجب بشهادة شاهدين) لتحقيق الظهور كما في سائر الحقوق

علماء هذه الامة (وقال أبو يوسف لا يقطع الا بالاقرار مرتين) وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وزفر وابن شبرمة وروى عن أبي يوسف اشتراط كون الاقرارين في مجلسين استدلووا بالمنقول والمعنى أما المنقول فما روى أبو داود عن أبي أمية المخزومي أنه عليه الصلاة والسلام أتى بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما إخالك سرق فت قال بلى يا رسول الله فأعادها عليه الصلاة والسلام مرتين أو ثلاثا فأمر به فقطع فلم يقطعه الا بعد تكرار اقراره وأسنده الطحاوي الى علي رضي الله عنه أن رجلا أقر عنده بسرقة مرتين فقال قد شهدت على نفسك شهادتين فأمر به فقطع فعلقها في عنقه وأما المعنى فالخاق الاقرار بها بالشهادة عليها في العدد فيقال حد فيعتبر عددا لا قرار به بعدد الشهود وتطهير الخاق الاقرار في حد الزنا في العدد بالشهادة فيه ولا يحنيفة ما أسند الطحاوي الى أبي هريرة في هذا الحديث قالوا يا رسول الله أن هذا سرق فقال ما إخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال انهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائمنوني به قال فذهب به فقطع ثم حسم ثم أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له تب الى الله عز وجل فقال تب الى الله عز وجل فقال تاب الله عليك فقد قطعه باقراره مرة وأما المعنى فعارض بمحد القذف والقصاص وهو وان لم يكن حدا فهو في معناه من حيث إنه عقوبة هكذا ظهر الموجب مرة (فيكتفي به كلقصاص وحد القذف) وأما قياسه على الشهادة فمع الفارق لان اعتبار العدد في الشهادة انما هو لتقليل التهمة ولا تهمة في الاقرار اذ لا يهتم الانسان في حق نفسه بما يضره ضررا بالغاعلى أن الاقرار الاول اما صادق فالثاني لا يفيد شيئا اذ لا يزداد صدقا وإما كاذب فبالثاني لا يصير صدقا فظهر أنه لا فائدة في تكراره فان قيل فائدة رفع احتمال كونه يرجع عنه أجاب المصنف بقوله وباب الرجوع في حق الحد لا ينتفي بالتكرار فله أن يرجع بعد التكرار فيقبل في الحدود ولا يصح في المال رجوعه بوجه (لان صاحب المال يكذبه) فلا يقبل رجوعه وأما النظر المذكور أعني اشتراط كون الاقرارين بالزمان تعددا كما في الشهادة به فلا نسلم أن ذلك بطريق القياس وكيف وحكم أصله وهو الزيادة في العدد معدول عن القياس فالواقع أن كلامنا من تعدد الشهادة وتعدد الاقرار في الزنا ثبت بالنص ابتداء لا بالقياس والله سبحانه وتعالى أعلم **فروع** من علامة العيون قال أنا سارق هذا الثوب يعني بالاضافة قطع ولزوم القصاص لا يقطع لانه على الاستقبال والاول على الحال وفي عيون المسائل قال سرق من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في العشرة دنانير ويضمن مائة درهم هذا اذا ادعى المقر له المالكين وهو قول أبي حنيفة لانه يرجع عن الاقرار بسرقة مائة وأقر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الاقرار بالسرقه الاولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الاقرار بالسرقه الثانية في حق القطع وبه ينتفي الضمان بخلاف ما لو قال سرق مائة بل مائتين فإنه يقطع ولا يضمن شيئا لو ادعى المقر له المائتين لانه أقر بسرقة مائتين فوجب القطع وانتفي الضمان والمائة الاولى لا يدعيها المقر له بخلاف الاولى ولو قال سرق مائتين بل مائة لم يقطع ويضمن المائتين لانه أقر بسرقة مائتين ورجع عنهما فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الاقرار بالمائة اذ لا يدعيها المسروق منه ولو أنه صدقه في الرجوع الى المائة لا ضمان (قوله ويجب بشهادة شاهدين كافي سائر الحقوق) وهذا باجماع

(وينبغي أن يسألهم ما الامام عن كيفية السرقة) فيقول له كيف سرقت لجواز انه نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع فانه لا يقطع فيه عند أبي حنيفة ومحمد (وعن ما هيتهما) لجواز أن يكون المأخوذ شيئاً نافعاً ولا يقطع فيه وهذا مشكل لان ماهية السرقة على ما قدمنا لا يذكرها الا آحاد الفقهاء فيحتاج الى حضور الفقهائها شرط الظهور وفي (٢٢٥) ذلك سبب باب القطع (وعن زمانها)

فيما ثبت بالبينة لجواز تقدم العهد المانع عن القطع لوجود التهمة بخلاف ما اذا ثبت بالافرار فان التقدم فيه ليس بمانع لعدمها فلا يسأل عن الزمان فان قيل الشاهد في تأخير الشهادة هنا غير منهم لانه لا يقبل شهادته بدون الدعوى فينبغي أن لا يسأل فيما ثبت بالبينة كما لا يسأل فيما اذا ثبت بالافرار قلنا ان الجواب قد تقدم في باب الشهادة على الزنا (وعن مكانها) لجواز انه سرق من غير الحرز أو في دار الحرب وقال في المحيط ويسألهم ما عن المسروق منه أيضاً لجواز أن يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه أو أحد الزوجين ولعله مستغنى عنه لان المسروق منه حاضر بمخاصم والشهود تشهد بالسرقة منه فلا حاجة الى السؤال عن ذلك وقوله (ويجبسه) أي المشهود عليه لانه صار منهم ما بالسرقة فيجبس لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم حبس رجلاً بالتهمة وقوله (واذا اشترك جماعة) ظاهر واستشكل بما اذا قتل جماعة واحدا فانهم يقتلون كاهم وان لم يوجد من كل واحد منهم القتل على

وينبغي أن يسألهم ما الامام عن كيفية السرقة وما هيتهما وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه الى أن يسأل عن الشهود للتهمة قال (واذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان أصابه أقل لا يقطع) لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه

الامة (قوله وينبغي أن يسألهم ما الامام عن كيفية السرقة) أي كيف سرق لاحتمال كونه سرق على كيفية لا يقطع معها كأن نقب الجدار وأدخل يده فأخرج المتاع فانه لا يقطع على ظاهر المذاهب الثلاثة وأخرج بعض النصاب ثم عاد وأخرج البعض الآخر وأناول رفيقاه على الباب فأخرجه ويسألهم ما (عن ما هيتهما) فانها تطلق على استراق السمع والنقص من أركان الصلاة (وعن زمانها) لاحتمال التقدم وعند التقدم اذا شهدوا يضمن المال ولا يقطع على ماهر وتقدم أيضاً ما أورد من أن التقدم ينفى أن لا يمنع قبول الشهادة على القطع لان الشاهد لا يتم في تأخيره لتوقفه على الدعوى وتقدم جوابه للمصنف ولما ضيق ويسألهم ما عن المكان لاحتمال أنه سرق في دار الحرب من مسلم وهذا بخلاف ما لو كان ثبوت السرقة بالافرار حيث لا يسأل القاضي المقرر عن الزمان لان التقدم لا يبطل الاقرار ولا يسأل المقرر عن المكان لكن يسأل عن باقي الشروط من الحرز وغيره انفاً وفي الكافي وعن المسروق اذ سرقة كل مال لا توجب القطع كافي الثمر والكثير وقدره لاحتمال كونه دون نصاب وعن المسروق منه لان السرقة من بعض الناس لا توجب القطع كذی الرحم المحرم ومن الزوج وقال في المبسوط لا يذكر محمد السؤال عن المسروق منه لانه حاضر بمخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة الى السؤال عنه وأنت تعلم أن شهادتهم بأنه سرق من هذا الحاضر وخصومة الحاضر لا يستلزم بيانهم النسبة من السارق ولا الدعوى تستلزم أن يقول سرقت مالي وأنا مولاه أو جده وانما يسأل عن هذه الامور احتياطاً للدرء واذا بينوا ذلك على وجه لا يسقط الحد فان كان القاضي عرف الشهود بالعدالة قطعه وان لم يكن يعرف حالهم حبس المشهود عليه حتى يعذروا لانه صار منهم ما بالسرقة والتوثيق بالكفيل لم يمنع لانه لا كفالة في الحدود وهذا نظر وهو أن اعطاء الكفيل بنفسه جائز وعلى قول أبي يوسف يجبر ولم يقع تفصيل في هذا الحكم أعني حبسه عند إقامة البينة حتى يزكو او مقتضى ما ذكر من أنه يجبس يتم ما يوجب الحد لا التميز بسبب أنه صار منهم ما بالفساد أنه لو صح التكفيل ينبغي أن لا يعدل عن حبسه بسبب ما لم يمت من التهمة بالفساد في الارض ولذا ذكر في الفتاوى من يتم بالقتل والسرقة يجبس ويخلد في السجن الى أن يظهر التوبة بخلاف من يبيع الخمر ويشترى ويترك الصلاة فانه يجبس ويؤدب ثم يخرج وفي التجنيس من علامة النوازل لص معروف بالسرقة وجده رجل يذهب في حاجة له غير مشغول بالسرقة ليس له أن يقتله وله أن يأخذ ذمه والامام أن يحبسه حتى يتوب لان الحبس زجر التهمة مشروع واذا عدل الشاهدان والمسروق منه غائب لم يقطع له الا بضرته وان كان حاضراً والشاهدان غائبان لم يقطع أيضاً حتى يحضرا وكذلك في الموت وهذا في كل الحدود سوى الرجم وبعض القصاص ان لم يحضرا واستحسننا هذا في كافي الحاكم (قوله واذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان أصاب أقل لا يقطع) ومعلوم تقييد قطعهم بما

(٢٢٩ - فتح القدير رابع) الكمال وأجيب بأن القصاص يتعلق باخراج الروح وهو لا يتجزأ فبإضافته الى كل واحد منهم كلاً والله أعلم

(قوله لان المسروق منه حاضر بمخاصم الخ) أقول فيه تأمل قال المصنف (ويجبسه) أقول تعزيراً لا توثيقاً قال الاتقياني بالنصب عطف على قوله ان يسألهم ما وانما يجبسه الى ان يسأل عن عدالة الشهود لأن التوثيق بالكفالة ليس بمشروع فيما مبناه على الدرء انتهى وقد مر في أوائل الحدود ما يتعلق بالدرء فراجع

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لما فرغ من ذكر نفسه - بر السرقة ونسبها وما يتعلق به من هذا الباب - مسروقاً فوجب القطع ومسروقاً لا يوجبها وإن وجد فيه النصاب ولا يرد ما قيل كان (٢٢٦) الواجب أن يذكر قوله وإذا اشتبك جماعة في سرقة في هذا الباب لأنه إن أصاب كل واحد منهم نصاب كان مما يقطع فيه وإن أصابه أقل كان مما لا يقطع فيه لأن هذا الباب لبيان ما يقطع فيه وما لا يقطع بعد وجود النصاب (قوله لا يقطع فيما يوجد نافعاً) ظاهر والمغرة بالفضة الثلاث الطين الأحمر ونسكين الغنم فيه لغة وقوله (وما يوجد جنسه) مبتدأ وقوله حقير خبره وقوله (بصورته) احتراز عن الأبواب والأواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فإن في سرقتها القطع وإن كان أصلها من الخشب وأصل الحصر يوجد مباحاً لتغيرها عن صورتها الأصلية بالصنعة المنقومة وقوله (غير مرغوب فيه) نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة واللؤلؤ والجواهر فإنها توجد مباحاً في دار الإسلام ولكنها مرغوب فيها وهو ظاهر المذهب وروى هشام عن محمد إذا سرقها على الصورة التي توحيدها مباحة وهي أن تكون مختلطة بالجر والتراب لا يقطع وجه الظاهر أنها ليست بنافعة جنساً فإن كل من يمكن من أخذها لا يتركه عادة وقوله (نقل الرغبات فيه) جله استثنائية وقوله (والطبائع لا تضن به) أي لا تبخل بفتح الصاد وهو الأصل وجاء بالكسر أيضاً (قوله لا يرد ما قيل) أقول القائل هو الاتقاني قال المصنف (غير مرغوب) أقول قال السكاكي وصاحب النهاية قوله غير بالنصب صفة لقوله مباحاً أو ما الشارح جعله حالاً

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

(ولا يقطع فيما يوجد نافعاً مباحاً في دار الإسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزنبج والمغرة والنورة) والأصل فيه حديث عائشة قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام في الشيء النافع أي الحقير وما يوجد جنسه مباحاً في الأصل بصورة غير مرغوب فيه حتى ينقل الرغبات فيه والطبائع لا تضن به

إذا لم يكن منهم أحد ذورحم محرم من المسروق منه ولا صبي وعند مالك يقطعون وإن لم يصب أحدهم نصاب بعد كون تمام المسروق ثلاثة دراهم لدخولهم تحت النص قلنا القطع لكل سارق بسرقة نصاباً ولم يوجد فلا يجب الحد يعني أنه وجد من كل منهم جنابة السرقة وذلك لا يوجب القطع بمجرد بل حتى يكون ما سرقه نصاباً والله أعلم

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ما يقطع فيه هو المسروق وهو متعلق السرقة أذ هو محالها فهو وإن بالنسبة إلى نفس الفعل فلذا أخرجه عن بيان السرقة وما ينصل بها (قوله لا يقطع فيما يوجد نافعاً مباحاً في دار الإسلام) أي أنا سرق من حرز لا شبهة فيه بعد أن أخذوا حرزاً وصارتم لو كالنافع والتفه الحقير الحشيش من باب لبس (كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد) برياً أو بحراً (والزنبج والمغرة) وهو بفتح الغين المعجمة الطين الأحمر ويجوز أسكانها (والنورة) (قوله والأصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها) هو ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ومسنده حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة قالت لم يكن السارق يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء النافع زاد في مسنده ولم يقطع في أدنى من غنم جففة أو ترس ورواه مرسل أيضاً حدثنا وكيع عن هشام بن عروة عن أبيه وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا ابن جريج عن هشام بن عروة عن عيسى بن يونس عن هشام ورواه ابن عدي في الكامل مسنداً أخرجه عن عبد الله بن قبيصة الفزاري عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة ولم يقل في عبد الله هذا شيئاً إلا أنه قال لم يتابع عليه ولم أر للتقدمين فيه كلاماً فذكرته لابن أبي شيبة في رواياته نظراً ولا يخفى أن هذه المرسلات كلها حجة وقد تقدم وصله من حديث ابن أبي شيبة ومتابعة عبد الرحيم بن سليمان وأدع عرف هذا فقال المصنف (ما يوجد جنسه مباحاً في الأصل بصورته) أي الأصلية أن لم يحد فيه صنعة منقومة (غير مرغوب فيه حقير) فيكون متناول النص فلا يقطع بالحديث المذكور والكتاب مخصوص بقاطع فجاز مطاق وقوله (بصورته) يخرج الأبواب والأواني من الخشب و(غير مرغوب فيه) يخرج نحو المعادن من الذهب والفضة والصفير والبواقيت واللؤلؤ ونحوها من الأحجار لكونها مرغوباً فيها يقطع في كل ذلك وعلى هذا نظر بعضهم في الزنبج فقال ينبغي أن يقطع به لأنه بحر زو يصاب في ذلك كين العطارين كسائر الأموال بخلاف الخشب لأنه إنما يدخل الدور للعمارة فكان أحراره نافعاً بخلاف الساج والأبنوس واختلف في الوسم والخنا والوجه يقطع لأنه جرت العادة بأحراره في الدكاكين وقوله (نقل الرغبات فيه) يعني فلا تتوفر الدواعي على استحصاله وعلى المعالجة في التوصل إليه (ولا تضن به الطبائع) إذا حرز حتى أنه

واحد منهم نصاب كان مما يقطع فيه وإن أصابه أقل كان مما لا يقطع فيه لأن هذا الباب لبيان ما يقطع فيه وما لا يقطع بعد وجود النصاب (قوله لا يقطع فيما يوجد نافعاً) ظاهر والمغرة بالفضة الثلاث الطين الأحمر ونسكين الغنم فيه لغة وقوله (وما يوجد جنسه) مبتدأ وقوله حقير خبره وقوله (بصورته) احتراز عن الأبواب والأواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فإن في سرقتها القطع وإن كان أصلها من الخشب وأصل الحصر يوجد مباحاً لتغيرها عن صورتها الأصلية بالصنعة المنقومة وقوله (غير مرغوب فيه) نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة واللؤلؤ والجواهر فإنها توجد مباحاً في دار الإسلام ولكنها مرغوب فيها وهو ظاهر المذهب وروى هشام عن محمد إذا سرقها على الصورة التي توحيدها مباحة وهي أن تكون مختلطة بالجر والتراب لا يقطع وجه الظاهر أنها ليست بنافعة جنساً فإن كل من يمكن من أخذها لا يتركه عادة وقوله (نقل الرغبات فيه) جله استثنائية وقوله (والطبائع لا تضن به) أي لا تبخل بفتح الصاد وهو الأصل وجاء بالكسر أيضاً (قوله لا يرد ما قيل) أقول القائل هو الاتقاني قال المصنف (غير مرغوب) أقول قال السكاكي وصاحب النهاية قوله غير بالنصب صفة لقوله مباحاً أو ما الشارح جعله حالاً

(نقل الرغبات فيه) جله استثنائية وقوله (والطبائع لا تضن به) أي لا تبخل بفتح الصاد وهو الأصل وجاء بالكسر أيضاً (قوله لا يرد ما قيل) أقول القائل هو الاتقاني قال المصنف (غير مرغوب) أقول قال السكاكي وصاحب النهاية قوله غير بالنصب صفة لقوله مباحاً أو ما الشارح جعله حالاً

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

(قوله ولا يرد ما قيل) أقول القائل هو الاتقاني قال المصنف (غير مرغوب) أقول قال السكاكي وصاحب النهاية قوله غير بالنصب صفة لقوله مباحاً أو ما الشارح جعله حالاً

وقوله (فلما يوجد أخذه على كره من المالك) أي قليل وجود لحق الملاك عند أخذه هذه الأشياء منه بل يرضى بالاختصاص عن حقوق سمة حساسة الهمة وتفاديا عن نسبته إلى دناءة الطبيعة فلا حاجة إلى شرع الزواجر وقوله (والطير بطير والصيد بفر) يعني لما كان الأمر كذلك قلت الرغبة فلا تشرع الزواجر في مثله وهو معطوف على قوله الخشب يلقى (٣٣٧) على الأبواب وقوله (وكذا الشركة العامة التي كانت فيه) أي

فما يوجد جنسه مباحا (وهو على تلك الصفة) أي الصفة التي كان عليها وهي مشتركة يحتزبه عن الأبواب والاولى المنخدة من الخشب كما ذكرنا (تورث الشبهة) أي شبهة الاباحة بعد احرازه (والحديث يدرى بها) وفي التفسير بالشركة العامة

اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاثة في الماء والماء والنار وقوله (لما ذكرنا) يعني قوله والطير بطير والصيد بفر والسمك المالح وهو المفرد الذي فيه اللحم وقوله (والحجة عليهما ما ذكرنا) يعني حديث عائشة وما ذكره بعدده والجار شحم النخل وهو شئ أبيض يقطع من رؤس النخل ويؤكل والودي صغار النخل وقوله (كالمهيال لا كل) يعني مثل الخبز واللحم وامثالهما لانه يقطع في الخنطة والسكر بالاجماع اذا لم يكن العام عام مجاعة وقطأ اما اذا كان فلا يقطع سواء كان مما ينسار ع اليه الفساد أولا وقوله (كالحم والتمر) اللحم راجع الى قوله كالمهيال لا كل منه

فلما يوجد أخذه على كره من المالك فلا حاجة إلى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع في سرقة مادون النصاب ولان الحرز فيها ناقص الا يرى أن الخشب يلقى على الأبواب وانما يدخل في الدار للمارة لا للاحراز والطير بطير والصيد بفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحديث يدرى بها ويدخل في السمك المالح والطرى وفي الطير الدجاج والبط والحمام ما ذكرنا ولا يطلاق قوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في الطير وعن أبي يوسف انه يجب القطع في كل شئ الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي والحجة عليهما ما ذكرنا قال (ولا قطع فيما ينسار ع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة) لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في تمر ولا كثر والسكر الجمار وقيل الودي وقال عليه الصلاة والسلام لا قطع في الطعام والمراد والله أعلم ما ينسار ع اليه الفساد كالمهيال لا كل منه وما في معناه كاللحم والتمر لانه يقطع في الخنطة والسكر اجماعا

(فلما يوجد أخذه على كره من المالك) ولا ينسب الى الخيانة بناء على ان الضئنة بها تعد من الحساسة وما هو كذلك لا يحتاج الى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب قال المصنف (ولان الحرز فيها ناقص) فان الخشب بصورة الاولى يلقى على الأبواب وانما يدخل في الدار للمارة لا للاحراز ولا في زمانه في زمانه وأما في زمانه فخرز في ذلك كين التجار قال (والطير بطير) يعني من شأنه ذلك وبذلك تقبل الرغبات فيه والوجه أن قوله والطير بطير من بيان نقصان الحرز لأن هذا الوجه فاصر عن جميع صور الدعوى (وكذا الشركة العامة التي كانت فيه) أي في الصيد قبل الاحراز بقوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه (وهو) حال كونه (على تلك الصفة) أي الاصلية (تورث) الشركة العامة فيه (شبهة) بعد الاحراز فيمنع القطع والوجه أن يحمل على ان الشبهة العامة الثابتة في الكل بالاباحة لاصلها ثابتة بالاجماع وأما قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاثة فانما يتناول الخشيش والقصب بالفظ الكلا ففيه قصور أيضا قال (ويدخل في السمك المالح والطرى) وصوابه السمك المالح والمملوح (وفي الطير الدجاج والبط والحمام ما ذكرنا) يعني قوله والطير بطير في كل احراز عنه وأما قوله (ولا يطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في الطير) حديث لا يعرف رفعه بل رواه عبد الرزاق بسند فيه جابر الجعفي عن عبد الله بن يسار قال أنى عمر بن عبد العزيز برجل سرق دجاجة فأراد ان يقطعها فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان لا قطع في الطير ورواه ابن أبي شيبة عن عبد الرحمن بن مهدي عن زهير بن محمد عن يزيد بن خصيفة قال أنى عمر بن عبد العزيز برجل قد سرق طيرا فاستفتى في ذلك السائب بن يزيد فقال ما رأيك أحد اقطع في الطير وما عليه في ذلك قطع فتركه عرفان كان هذا مما لا مجال للرأى فيه فحكمه حكم السماع والافتقار الى الصحابي عندنا واجب لما عرف (قوله) وعن أبي يوسف أنه يجب القطع في كل شئ الا الطين والتراب والسرقين) وروى عنه الا في الماء والتراب والطين والجص والمعايز والنميد لان ما سوى هذه أموال متقومة محرزة فصارت كغيرها والاباحة الاصلية زالت وزال أثرها بالاحراز بعد التملك (وهو قول الشافعي والحجة عليهما ما ذكرنا) من حديث عائشة وثبوت الشبهة (قوله) ولا قطع فيما ينسار ع اليه الفساد كاللبن واللحم) والخبز أيضا ذكره في الايضاح وشرح الطحاوى ولا فرق في عدم القطع باللحم بين كونه مملوحا قديدا أو غيره (والفواكه الرطبة) وعن أبي يوسف يقطع بها وبه قال الشافعي لما روى عنه عليه الصلاة والسلام من رواية أبي داود والنسائي وابن ماجه عن عمرو بن

والتمر راجع الى قوله وما في معناه فكان كلامه لفان شرا

(قوله لحق الملاك) أقول الظاهر ان يقال لحق المشقة (قوله يعني كان الأمر كـ...) أقول الاولى أن يقال ولما كان الأمر كذلك كان في حرزه نقصان فان قوله الا يرى ان الخشب الخ تنوير لنقصان الحرز

وقال الشافعي يقطع فيها قوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في ثمر ولا كثر فاذا آواه الجرين أو الجران قطع قلنا أخرجه على وفاء العادة والذي يؤويه الجرين في عاداتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال (ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد) لعدم الاحراز

شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمر أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الثمر المعلق فقال من أصاب بفيه من ذي حابة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثله ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ عن المجن فعليه القطع أخرجه أبو داود عن ابن عجلان وعن الوليد بن كثير وعن عبيد الله بن الأخنس وعن محمد بن اسحق أربعة عشر عن عمرو بن شعيب به وأخرجه النسائي أيضاً من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحارث وهشام بن سعد عن عمرو بن شعيب به وفي رواية أن رجلاً من مزينة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجريسة التي تؤخذ من مرانها فقال فيها ثمرتين وضرب ونكال وما أخذ من عظمه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك عن المجن قال يارسول الله فالثمار وما أخذ منها في أكمامها فقال من أخذ بقمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب ونكال وما أخذ من أجرانه ففيه القطع رواه أحمد والنسائي وفي لفظ ما ترى في الثمر المعلق فقال ليس في شيء من الثمر المعلق قطع إلا ما آواه الجرين فما أخذ من الجرين فبلغ عن المجن ففيه القطع وما لم يبلغ عن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات ونكال ورواها الحارثيون في هذا المتن وقال قال امامنا اسحق ابن راهويه إذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كأيوب عن نافع عن ابن عمرو ورواه ابن أبي شيبة ووقفه على عبد الله بن عمرو وقال ليس في شيء من الثمار قطع حتى يأوي الجرين وأخرجه عن ابن عمر مثله سواء أجاب (بأنه أخرجه على وفق العادة والذي يؤويه الجرين في عاداتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع) لكن ما في المغرب من قوله الجرين المربد وهو الموضع الذي يلتقي فيه الرطب ويجف وجميعه جرن يقتضي أنه يكون فيه الرطب في زمان وهو أول وضعه واليابس وهو الكائن في آخر حاله فيه ثم ليس في هذه الأحاديث لفظ الجران وكأنه وقع في بعض اللفاظ الجران فذكره المصنف على الشك وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه إلى منخره والجمع جرن فجاز أن يسمى به ههنا الجراب المتخذ منه فكانت قال حتى يؤويه المربد أو الجراب ثم المعنى من قوله حتى يؤويه الجرين أي المربد حتى يجف أي حتى يتم آواه الجرس بن آياه فإنه عند ذلك ينقل عنه ويدخل الحرز والافنفس الجرين ليس حرزا ليجب القطع بالاخذ منه اللهم إلا أن يكون له حارس يتصدده والجواب أنه معارض باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر وقوله لا قطع في الطعام أما الأول فرواه الترمذي عن الليث بن سعد والنسائي وابن ماجه عن سفيان بن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان أن غلاما سرق وديان حائط فرفع إلى مروان فأمر بقطعه فقال رافع بن خديج قال النبي صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر ورواه ابن حبان في صحيحه مرتين في القسم الأول وفي القسم الثاني قال عبد الحق هكذا رواه سفيان بن عيينة ورواه غيره ولم يذكر فيه واسعا انتهى وكذا رواه مالك والحاصل أنه تعارض الانقطاع والوصل والوصل أولى لما عرف أنه زيادة من الراوي الثقة وقد تلقت الأمة هذا الحديث بالقبول فقد تعارض في الرطب الموضوع في الجرين وفي مثله من الحدود يجب تقديم ما يمنع الحد دراً للحد ولأن ما تقدم متروك الظاهر فإنه لا يضمن السرقة بمثل قيمته وإن نقل عن أحد العلماء الأمة على خلافه لأنه لا يبلغ قوة ثبوت كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فلا يصح عنه عليه الصلاة والسلام ذلك ففيه دلالة الضعف أو النسخ فيه فنورد هذا الحديث عن المعارض فبطل قول من قال بتقييد حديث الثمر والكثير بهذا التفصيل يعني بفصل الحديث المذكور بين أن يأكله من أعلى النخل فلا شيء عليه أو يخرج منه ففيه ضعف قيمته وجلدات

(وقال الشافعي رضي الله عنه يقطع فيها) أي فيما ذكرنا من اللين والاعم والفواكه الرطبة والطعام (والجرين) المربد وهو الموضع الذي يلتقي فيه الرطب ليحفظ وقبل هو موضع يدخر فيه الثمر (والجران) مقدم عنق البعير من مذبحه إلى منخره والجمع جرن فجاز أن يسمى الجراب المتخذ منه فكان المراد منه أحد الطرفين ويجوز أن يكون الشك من الراوي (قلنا أخرجه على وفاء العادة) فإن في عاداتهم أن الجرين لا يؤويه إلا اليابس من الثمر وفيه القطع في الرواية المشهورة قال (ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع) وكان هذا معلوماً من قوله والفاكهة الرطبة لكن أعاده تهيداً لقوله والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز فيها

أوسرور وفسر السكر
في أصول الفقه بأنه غلبة
سرور في العقل فالتقيافي
معنى السرور فلذلك استعير
الاطراب للاسكار قال
الامام الترمذي لا قطع في
الاشربة المطربة المسكرة

وهو يؤذن بصحة تفسير
المطربة بالمسكرة وقوله
(لان بعضها ليس بمال) أي
بمال متقوم كالخمر (وفي
مالية بعضها اختلاف)
يعني كالمصنف والبادق
وماء الذرة والشعير لانها
عند أبي حنيفة رضي الله
عنه متقومة خلافا لهما
وانما قيد الاشربة بكونها
مطربة لما نه ذكر في
الايضاح ويقطع في الخمر
لانه لا يتسارع اليه الفساد
كذافي النهاية ونقل الناطقي
عن كتاب المجسر عن أبي
حنيفة رضي الله عنه انه
قال لا قطع في الخمر لانه
قد صار خراصة (ولافي
الطنبور لانه من المعازف)
والمعازف آلات اللهو التي
يضرب بها الواحد عزف
رواية عن العرب قوله
(ولافي سرقة المصحف)
ظاهر

(قوله والمعازف آلات
اللهو) أقول بالعين
المهمة قال المصنف
(ويقطع في سرقة العبد
الصغير) أقول فيه
بحث لانه يمكن أن يتأول
في أخذه أسكاته كما في الحز الصغيف تأمل في جوابه

(ولا قطع في الاشربة المطربة) لان السارق يتأول في تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي
مالية بعضها اختلاف فتتحقق شبهة عدم المالية قال (ولافي الطنبور) لانه من المعازف (ولافي
سرقة المصحف وان كان عليه حلية) وقال الشافعي يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن
أبي يوسف مثله وعنه أيضا انه يقطع إذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها
وجهه الطاهر أن لا يأخذ بتأول في أخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا مال له على اعتبار المكتوب
واحراره لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هي توابع ولا تعتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر
وقيمة الآنية تربو على النصاب

نكال أو يأخذه من بيده فيقطع والكثير الجمار وقيل هو الودي وهو صغار النخل وجزم في المغرب انه
خطأ وأما الحديث الثاني فأخرجه أبو داود في المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصري ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال اني لا أقطع في الطعام وزكوه عبد الحق ولم يعله بغير الارسال وأنت تعلم
انه ليس بعله عندنا فيجب العمل بوجهه وحينئذ يجب اعتباره في غير محل الاجماع ولما كان الاجماع
على انه يقطع في الخنطة والسكر لزم ان يحمل على ما يتسارع اليه الفساد كالمهبالا كل منه وما في معناه
كاللحم والثمار الرطبة مطلقا في الجرين وغيره هذا والقطع في الخنطة وغيرها أجماعا انما هو في غير سنة
القطر وأما فيها فلا سواء كان مما يتسارع اليه الفساد أو لانه عن ضرورة ظاهر او هي تبخج تناول
وعنه عليه الصلاة والسلام لا قطع في مجاعة مضطر وعن عمر رضي الله عنه لا قطع في عام سنة
(قوله ولا قطع في الاشربة المطربة) أي المسكرة والطرب استخفاف العقل وما يوجب الطرب شدة
حزن وجزع فيستخف العقل فيصدر منه ما لا يليق كما تراه من صياح الشكليات وضرب خدودهن وشق
جيوبهن فيما لا يجدي نفعا ويسلب أجره صيبتن ثم يوجب لعنهن من الله تعالى ورسوله أشدة سرور
فيوجب ما هو معهود من الثمالي والمسئلة بلا خلاف اما عند الأئمة الثلاثة فلا نكاح كالحجر
عندهم وعندنا ان كان الشراب حلوا فهو مما يتسارع اليه الفساد وان كان مرافا كان خرا فلا
قيمة لها وان كان غيرها فلا قيمة في تقومه اختلاف فلم يكن في معنى ماورد به النص من المال المتقوم
فلا يلحق به في موضع وجوب الدر بالشبهة ولان السارق يحمل حاله على أنه يتأول فيها الاراقة فتثبت
شبهة الاباحه بازالة المنكر وفي سرقة الاصل يقطع بالخمر ونقل الناطقي من كتاب المجرد قال أبو حنيفة
لا قطع في الخمر لانه قد صار خراصة وفي نوادر ابن سماعة برواية علي بن الجعد لا قطع في الرب والجلاب
(قوله ولا في الطنبور) ونحوه من آلات الملاهي بلا خلاف أيضا لعدم تقومها حتى لا يضمن متلفها
وعنه أبي حنيفة وان ضمنها الغير للهو الا أنه يتأول أخذه لانها من المنكر والمعازف جمع المعزف
وهي آلة اللهو (قوله ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي) ومالك وهو رواية عن
أحمد (يقطع) وهو رواية عن أبي يوسف فيما اذا بلغت حليته نصابا وفي رواية أخرى عنه يقطع مطلقا
لانه مال محرز يساع ويشري ولان ورقه مال وبما كتب فيه ازداد به ولم ينتقص وفي رواية أخرى
عن أحمد ان أخذه يتأول القراءة لازالة الاشكال لا يقطع (وجهه الطاهر أن لا يأخذ بتأول في أخذه
القراءة والنظر فيه) ولان المالية للتبع وهي الحلية والاوراق لا للتبوع وهو المكتوب (واحراره لاجله)
والاخذ أيضا يتأول أخذه لاجله للتبع (ولا يعتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد
على النصاب) لا يقطع ويكن سرق صديا وعليه حلي كثير لا يقطع لان المقصود ليس المال قال في المبسوط
الآثر انه لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة ووجد في جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم به لم يقطع وان كان
يعلم بها فعليه القطع وعن أبي يوسف عليه القطع في الاحوال كلها لان سرقة تمت في نصاب كامل ولكنها
نقول ان السارق انما قصد اخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم به واذا كان عالما بالدرهم فقصد اخذ الدرهم

(ولا قطع في أبواب المسجد) لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل أولى لأنه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال (ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا الترد) لأنه يتأول من أخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لأنه ما أعد للعبادة فلا تثبت شبهة باحة الكسر وعن أبي يوسف أنه إن كان الصليب في المصلي لا يقطع لعدم الحرز وإن كان في بيت آخر يقطع لكمال المالبة والحرز (ولا قطع على سارق الصبي الحروان كان عليه حل) لأن الحر ليس بمال وما عليه من الحل تبع له ولأنه يتأول في أخذه الصبي أسكاته أو حمله إلى مرضعته وقال أبو يوسف يقطع إذا كان عليه حل هو نصاب لأنه يجب القطع بسرقة وحده فكذا مع غيره

بخلاف ما إذا لم يعلمها فإن قصده الثوب وهو لا يساوي نصابا وقد تقدم في مثله أنه إن كان الثوب مما يجعل وعاء عادة للدرهم قطع والألا وهنارد بين العلم وعدمه فالخاص أنه يعتبر ظهوره وقصد المسروق فإن كان الظاهر قصد النصاب من المال قطع والألا وعلى هذا فمسألة العلم بالمصروور وعدمه صحيح إلا أن كونه يعلم أولا يعلم وهو المدار في نفس الأمر لا يطلع عليه ولا يثبت إلا بالقرار وما تقدم هو ما إذا لم يقر به علمه بما في الثوب فإنه لا يقطع حتى يكون معه دلالة القصد اليه وذلك بأن يكون كسافيه الدراهم فلا يقبل قوله لم أقصد لم أعلم (قوله ولا قطع في أبواب المسجد لعدم الاحراز) وقال الشافعي يقطع وبه قال ابن القاسم صاحب مالك لأنه محرز بأحراز منله وكذا يقطع عندهم في باب الدار فقباسه عليه من رد المختلف إلى المختلف والوجه ما قلنا ولا شك في أنه ما ليس محرزاً أو في حرزه شبهة أذهبها بالغادى والرائح ومعهما ينتفي الحد على أن المصنف لم يذ كر ذلك في مقام نصب الخلاف ليلزمه ذلك بل أثبت نفسه على أموره فإنه لم ينصب خلافًا وإنما يعترض بذلك لو نصب الخلاف وأفاد المصنف في أثناء المسئلة أنه لا قطع بسرقة متاع المسجد كحصره وقتاديله لعدم الحرز وكذا لا يقطع في أستار الكعبة وهو قول مالك وأحمد والأصح من قول الشافعي لأنه لا مالك له وبهذا الوجه ينتفي القطع في باب المسجد (قوله ولا في صليب من الذهب أو الفضة ولا الشطرنج) ولو كان من ذهب وهو يكسر الشين بوزن قرطع (ولا الترد) لأنه يتأول من أخذها الكسر أي باحة الأخذ للكسر (نهيا عن المنكر) فلا يجب الاضمان ما فيه من المالية والصليب ما هو به شبهة خطين متقاطعين ويقال لكل جسم صاب (وعن أبي يوسف إن كان الصليب في مصلاه) أي معابدهم (لا يقطع لعدم الحرز) لأنه بيت مأذون في دخوله وإن كان في يد رجل في حرز لا شبهة فيه بقطع لأنه مال محرز على الكمال وجوابه ما ذكرنا من تأويل الأباحة وهو عام لا يخص غير الحرز وهو المسقط (قوله ولا قطع على سارق الصبي الحروان كان عليه حل) يبلغ نصابا وقيد بالحرز ليجز العبد على ما سبأني والحل يضم الحاء المهملة جمع حل بفتحها ما ليس من ذهب أو فضة أو جواهر (وقال أبو يوسف يقطع إذا بلغ ما عليه نصابا لأنه يجب القطع بسرقة وحده فكذا مع غيره والخلاف في صبي لا عشي ولا تنكاح) فلو كان عشي وتنكاح لا يقطع إجماعاً لأنه في يده نفسه فكان أخذه خداعاً ولا قطع في الخداع وحيث لم يذ كر الحاك في الكافي الخلاف عن أصحابنا ومن ذكره كصاحب المختلف ذكر أنه ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف يقطع قبل كان ينبغي للمصنف أن يقول وعن أبي يوسف والأوهم أنه مذهب المعول عليه عنده وليس كذلك وقال مالك والحسن والشعبي يقطع بسرقة غير المميز الحر لأنه كالل مال وجه الظاهر أن الصبي إذا كان كما ذكرنا يكون هو المقصود بالأخذ دون ما عليه والألا أخذ ما عليه وتركه وهو ليس بمال ولا قطع إلا بأخذ المال فلا يقطع وإن كان أتمه وعقابه أشد من سارق المال ففي الحديث القدسي عن رب العزة جل جلاله ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حراً فكل ثمنه ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه عمله ولم يوفه أجره لكن القطع الذي هو العقوبة الدنيوية لم يثبت عليه شرعاً وأما التأويل الذي ذكره من قصد تنكحته أو

(والصليب) شئ مثلث كالتمثال يعبده النصارى (والشطرنج) بكسر الشين (والترد) معروفاً ولا قطع فيها وإن كانت من ذهب أو فضة وقوله (إن كان الصليب في المصلي) أي في موضع صلاة النصارى وهو معبدتهم وقوله (وما عليه من الحل) تابع (لا يقال يجوز أن يكون مقصوده من الأخذ هو الحل فلا يكون تابعاً لأنه لو كان ذلك مقصوده لأخذ الحل وترك الصبي وقوله (لأنه يجب القطع بسرقة وحده فكذا مع غيره) معناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب وضم ما لا يجب فيه القطع إلى ما يجب فيه القطع لا يسقطه كما لو سرق ثوباً خلقاً لا يساوي نصاباً وفيه عشرة دراهم مضروبة

وعلى هذا اذا سرق اناه فضة فيه نبيذ أو ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كي لا يكون في يد نفسه (ولا قطع في سرقة العبد الكبير) لانه غصب أو خداع (ويقطع في سرقة العبد الصغير) لتحقيقها بجدها الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه هو والبالغ سواء في اعتبار يده وقال أبو يوسف لا يقطع وان كان صغيرا لا يبعقل ولا يتكلم استحسننا لانه آرمي من وجهه مال من وجهه وإلهما انه مال مطابق لكونه منتفعا به أو بعرض ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية (ولا قطع في الدفاتر كلها) لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال (الا في دفاتر الحساب) لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المنة قصود هو الكواغد

وقوله (وعلى هذا اذا سرق اناه فضة) ظاهر (والدفاتر) جمع دفاتر وهي السجلات لا يقطع فيها كلها سواء كانت للتفسير أو للحديث أو للفقه لان المقصود منها ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الاوراق وهو مال متقوم فاذا بلغ قيمته نصا باقطع وعموم كلامه يشعر بان دفاتر الاشعار كدفاتر الفقه في عدم وجوب القطع لكونها محتاجا اليها لمعرفة اللغة ومعاني القرآن والحاجة وان قلت كفت لاثبات الشبهة ومن الناس من ألحقها بدفاتر الحساب لكونها غير محتاج اليها في معرفة أحكام الشرع

قال المصنف (الا أنه انضم اليه معنى الآدمية) أقول والانضمام غير التبعية فتأمل

ابلاغه الى مرضعته فبعيد به - د فرض تحقق سرقة الظاهر منها خلافه (وعلى هذا الخلاف اذا سرق اناه فضة فيه نبيذ أو ثريد) أو كلبا عليه فلا دة فضة بقطع على رواية أبي يوسف وهو قول الأئمة الثلاثة ولا يـ حنيفة ومحمدان الا اناه تابع واذا لم يجب في المتبوع القطع لم يجب في التابع واعتقادي وجوب القطع في الاناه الاماين ذهبيته وان كان فيه ما كان فان تبعيته باعتبار ما فيه لا باعتبار القصد بالاخذ اليه بل الظاهر ان كلامهم ما أصل مقصود بالاخذ بل القصد اليه أظهر منه الى ما فيه لانه يتوصل بمالته الى أضعاف ما فيه والمانع من القطع انما هو التبعية في قصد الاخذ لا اعتبار غيره ولا ظاهر يفيد وما يوافق ما ذكرناه ما في التبعين من علامة العيون سرق كوزا فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم بقطع وكذا اذا سرق حمارا يـ اوى تسعة وعليه كاف يساوي درهما بخلاف مال سرق ققمة فيها ماء يـ اوى عشرة لانه سرق ماء من وجهه وهو ظير ما تقدم من المبسوط فبمن سرق ثوبا يـ اوى عشرة مصرور عليه عشرة قال بقطع اذا علم ان عليه ما لا يخلاف ما اذا لم يعلم (قوله ولا قطع في سرقة العبد الكبير) يعني العبد المميز المعبر عن نفسه بالاجماع الا اذا كان نائما أو مجنونا أو أعجميا لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة فيمنذ بقطع ذكر الاستثناء ابن قدامة ولم يذكره مشايخنا بل نصوا على انه لا قطع في الآدمي الذي يبعقل سواء كان نائما أو مجنونا أو أعجميا وقالوا هو ليس بسرقة بل اماغصب أو خداع (ويقطع في سرقة العبد الصغير) الذي ليس كذلك بالاجماع لانه مال متقوم هكذا حكى الاجماع ابن المنذر مع ان أبا يوسف قال استحسن ان لا أقطعه لانه مال من وجهه آدمي من وجهه فصار كونه آدميا شبهة في مالته فيندري الحد فالدفع منهما لا بد أن يـ لـ ط على هذه النكتة فسوق استدلالهما كما قيل ولهما ان حقيقة السرقة وهو أخذ مال معتبر خفية من حرز لا شبهة فيه مع باقي الشروط قد وجدت فيجب القطع غير وافي بالمقصود وقول المصنف (ولهما انه مال مطلق لانه منتفع به) ان كان عشي ويعقل (أو بعرض أن يصير منتفعا به) ان كان بخلاف ذلك أحسن منه لتضمن لفظ مطلق منع أن في مالته شبهة وانضمام معنى الآدمية اليه لا يوجبها بعد صدق معنى المال الكامل عليه كيف وهو من أعز الاموال عند الناس وما فيه من المالبية يصير كمال فيما ليس بمال فسارقه كسارق ذرة نفيسة فيما ليس بمال ولو قال قائل بل المعنى على القلب وهو سرقة ما ليس بمال فيما هو مال لم يبعد فيقتصر على منع ثبوت الشبهة في مالته بما قلنا (قوله ولا قطع في الدفاتر كلها) لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ لانه لا يستفيد الا خذبه نفعاً (فكان المقصود الكواغد) ويدخل في عموم ولا يقطع في الدفاتر كلها الكتب المشتملة على علم الشريعة كاللغة والحديث والتفسير وغيرها من العربية والشعر وقد اختلف في غيرها فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها وقيل بكتب الشريعة لان معرفتها قد توقفت على اللغة والشعر والحاجة وان قلت كفت في ابراث الشبهة ومقتضى هذا انه لا يختلف في القطع بكتب السحر والفلسفة لانه لا يقصد ما فيها الا لاهل الديانة فكانت سرقة صرفا ولا ان عدم القطع بالحقها بالكتب الشرعية وليست اياها اذا توقفت معرفة الشريعة على ما فيها بخلاف كتب الادب والشعر ويمكن في كتب الحساب

(ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد) وهو ظاهر (ولا في دف ولا طبل) والدف بضم الدال وفتحها الذي يلعب به وهو نوعان مدور ومربع والمراد بالطبل طبل اللهو وأما طبل الغزاة فـ داخل في المشايخ واختار الصدر الشهيد رد دم وجوب القطع لانه كما يصلح الغزو يصلح غيره فتمكن فيه الشبهة وقوله (٢٣٢) (لان عندهما لاقية لها) بدليل ان متلفه لا يضمه (وعند أبي حنيفة) وان كان

يجب الضمان على المتلف فهو متقومة لكن (أخذها بتأول الكسر فيها) فكان ذلك شبهة (والساج) خشب يجلب من الهند (والقنا) بالكسر جمع قناة وهي خشبة الرمح (والأبنوس) بدالهمزة وفتح الباء معروف وقوله (ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام) وانما قيد بدار الاسلام لان الاموال كلها باقية على الاباحة في دار الحرب وقوله (واذا اتخذ من الخشب أو ان) فرق بين العمل المتصل بالخشب والعمل المتصل بالحشيش بغلبة الصنعة على الاصل ففي الخشب تغلب الصنعة على الجنس فتخرج عنه الجنس المباح بازدياد يحصل في قيمته ويعززه بحيث انهم يدخلونه في الحرز وأما في الحشيش فليس كذلك ولهذا يفرشونه في غير الحرز حتى لو غلب الصنعة على الاصل كالخصر البغدادية يجب القطع وقوله (وانما يجب القطع) أي في الابواب (في غير المركب) بالجدار أما اذا كانت مركبة في الجدار فقلعها فأخذها فانه

قال (ولا في سرقة كلب ولا فهد) لان من جنسها يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالبة الكلب فأورث شبهة (ولا قطع في دف ولا طبل ولا ربط ولا من مار) لان عندهما لاقية لها وعند أبي حنيفة أخذها بتأول الكسر فيها (ويقطع في الساج والقنا والأبنوس والصندل) لانها أموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام قال (ويقطع في الفصوص والخضر والياقوت والزبرجد) لانها من أعز الاموال وأنفسها لا توجد مباح الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة (واذا اتخذ من الخشب أو انى وأبوابا قطع فيها) لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف الحصر لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع في سرقتها بغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع في غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقل منه لا يرغب في سرقة

والهندسة عدم القطع وعند الأئمة الثلاثة يقطع بالكل من كتب الشريعة وغيرها لانها مال متقوم وأنت سمعت ما بالدفع (قوله ولا في سرقة كلب ولا فهد) بالاجماع خلافا للشبهتين ابن القاسم فانه قال عدم القطع في المنهى عن انخاذه أما في المأذون في انخاذه ككلب الصيد والماشية فيقطع وقتلنا هو مباح الاصل وبحسب الاصل هو (غير مرغوب فيه) ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالبة الكلب فأورث شبهة (قوله ولا قطع في دف ولا طبل ولا ربط ولا من مار) وكذا جميع آلات اللهو (لان عندهما لاقية لها) وعند أبي حنيفة يتأول في أخذها الكسر (وفي دال الدف الضم والفتح) واختلف في طبل الغزاة فقل لا يقطع به واختاره الصدر الشهيد لانه يصلح للهو وان كان وضعه لغيره وقيل يقطع لانه مال متقوم ليس موضوعا للهو فليس آله للهو (قوله ويقطع في الساج والقنا والأبنوس) وهو يفتح الباء فيما سمع (والصندل) والعود الرطب لان كل هذه ليست مباحة في دار الاسلام وهو المعتبر فاما كونها توجد مباحة في دار الحرب فليس فيه شبهة في سقوط القطع لان سائر الاموال حتى الدنانير والدراهم مباحة في دار الحرب ومع هذا يقطع فيها في دارنا وروى هشام عن محمد لا قطع في العاج ما لم يعمل وكذا قيل البقال عن محمد في الأبنوس والظاهر القطع كما ذكرنا ومقتضى النظر عدم القطع في العاج لما قيل من نجاسة عين الفيل فانه ينفي مالبة العاج فالتشبه في المالمية (ويقطع في الفصوص) النفيسة (والزبرجد) لانها من أعز الاموال ولا توجد مباحة الاصل في دار الاسلام فصارت كالذهب (قوله) واذا اتخذ من الخشب أو انى وأبوابا قطع فيها لانه) أي الخشب (بالصنعة التحقت بالاموال النفيسة) ولهذا تحرز (بخلاف الحصر لان الصنعة لم تغلب على الجنس) لانه قطع ملاحظتها بها فلم تخرجها من كونها تافها بين الناس (حتى ان الحصر يبسط في غير الحرز) وكذا القصب المصنوع يورى بخلاف الخشب فانه غلبة الصنعة فيه على الاصل فقطع فيما اتصل به منه حتى لو غلبت في الحصر أيضا قطع فيها كالخصر البغدادية والعبدانية في ديار مصر والاسكندرانية وهي العبدانية ويقطع عند الأئمة الثلاثة بالحصر مطلقا هذا وفي عيون المسائل سرق جلود السباع المدبوغ لا يقطع فاذا جعلت مصلى أو بساطا يقطع هكذا قال محمد لانها اذا جعلت ذلك خرجت من

لا يقطع لان القطع انما يكون في مال محرز لا فيما يحرز به وما في البيت من المتاع فانما يحرز بالابواب المركبة فلا تكون ان محرزة قيل هذا في الباب البراني وأما في الباب الثاني في الداخل فقيم القطع لانه محرز بالبراني وقوله (وانما يجب اذا كان خفيفا) ظاهر (قوله وقوله لان عندهما لاقية لها) بدليل ان متلفه لا يضمه (أقول أي بدل عدم تضمين المتلف عندهما على ان مذهبهم ما ذلك يعني لاقية لهذه الأشياء عندهما فلا يقطع

(ولا قطع على خائن ولا خائنة) لقصور في الحرز (ولا منتهب ولا مختلس) لانه بجاهر بفعله كيف وقد قال عليه الصلاة والسلام لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن

ان تكون جلود السباع لانها أخذت اسما آخر اه وهذا ظاهر في ان غلبة الصنعة التي ينقطع حكم الجنس بها أن يتجدد دلها اسم وعلمت عدم القطع في الحصر التي ليست بنفسية مع تجديد اسم آخر لها فليكن ذلك لنقصان احرازها حيث كانت تبسط في غير الحرز أو لان شبهة التفاهة فيها كما قالوا انه لا يقطع في الملح لذلك ولا يقطع في الآجر والفخار لان الصنعة لم تغلب فيها على قيمتها وظاهر الرواية في الزجاج أنه لا يقطع لانه يسرع اليه الكسر فكان ناصرا للمالية وعن أبي حنيفة يقطع كالخشب اذا صنع منه الاواني ثم انما يقطع في الباب المصنوع من الخشب اذا كان غير مركب على الجدار بل موضوع داخل الحرز أما المركب فلا يقطع به عندنا فصار كسرة ثوب تبسط على الجدار الى السكة وغير المركب لا يقطع به اذا كان ثقيلا لا يحمله الواحد لانه لا يرغب فيه وتطرف فيه بأن ثقله لا ينافي مالته ولا ينقصها فانما ثقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة ولو صح هذا امتنع القطع في فردة جل من قاش ونحوه وهو منتف ولذا أطلق الحاكم في الكافي القطع في كتاب الجامع وفي الشامل في كتاب المبسوط وقد مر أن عند الأئمة الثلاثة يقطع في باب الدار لانه مال منقوم ومحرز بجزء مثله فيه وحرز حائط الدار يكونه مبنيا فيها اذا كانت في العمران وما كان حرزا لنفسه يكون حررا لغيره وهذا عندنا ممنوع ولو اعتبر مثله أمكن اعتبار الحرز في كل شيء (قوله ولا قطع على خائن ولا خائنة الخ) وهما اسماء قاعل من الخيانة وهو أن يؤمن على شيء بطريق العارية أو الوديعة فيأخذه ويدعي ضياعه أو ينكر أنه كان عنده وديعة أو عارية وعاله بقصور الحرز لانه قد كان في يد الخائن وحرزه لا حرز المالك على الخلوص وذلك لان حرزه وان كان حرزا للمالك فانه أحرزه بايداعه عنده لكنه حرز ما دون السارق في دخوله (قوله ولا منتهب) لانه بجاهر بفعله لا يختف فلا سرقة فلا قطع (وكذا المختلس) فانه المختطف للشيء من البيت ويذهب أو من يد المالك وفي سنن الأربعة من حديث جابر عنه عليه الصلاة والسلام قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع قال الترمذي حديث حسن صحيح وسكت عنه ابن القطان وعبد الحق في أحكامه وهو صحيح منسما وتعليل أبي داود مرجوح بذلك وقد حكى الإجماع على هذه الجملة لكن مذهب اصح بن راهويه ورواية عن أحمد في جاحد العارية انه يقطع لما في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها ان امرأة كانت تستعير المتاع وتجده فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقطعها وجاهير العلماء أخذوا بهذا الحديث وأجابوا عن حديث عائشة بأن القطع كان عن سرقة صدرت منها بعد أن كانت أبضا متصفة مشهورة بجحد العارية فعرفت عائشة بوصفها المشهور فالعاري امرأة كان وصفها بجحد العارية فسرق فأمر بقطعها بدليل ان في قصتها ان اسامة بن زيد شفع فيها الحديث الى ان قال فقام عليه الصلاة والسلام خطيبا فقال انما هلك من كان قبلكم بأنهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه وهذا بناء على انها حادثة واحدة لامرأة واحدة لان الاصل عدم التعدد والجمع بين الحديثين خصوصاً وقد تلقت الأمة الحديث الآخر بالقبول والعمل به ولو فرض انها لم تسرق على ما أخرجه أبو داود عن الليث حدثني يونس عن ابن شهاب قال كان عروة يحدث ان عائشة قالت استعارت امرأة مني حلياء على السنة أناس يعرفون ولا تعرف هي فباعته فأخذت فأتي بها النبي صلى الله عليه وسلم فأمر بقطع يدها وهي التي شفع فيها اسامة بن زيد وقال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال كان حديث جابر مقدما ويحمل القطع بجحد العارية على النسخ وكذا الوجه على انهما واقعان وانه عليه السلام قطع امرأة بجحد المتاع وأخرى بالسرقه يحمل على نسخ القطع بالعارية بما قلنا وفي سنن ابن ماجه حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة حدثنا عبد الله بن غير حدثنا محمد بن اسحق عن محمد بن طلحة بن ركانة

وقوله (ولا قطع على خائن) الخيانة هو أن يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون والانتها ب أن يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة أو قرية والاختلاس أن يأخذ من البيت سرقة جهرا والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح

قال (ولا قطع على النباش) اختلف (٢٣٤) الصحابة في مسئلة النباش فقال عمرو عائشة وابن الزبير وابن مسعود

رضي الله عنهم - بموجب القطع على النباش وقال ابن عباس لا قطع عليه وقد انفق على ذلك من بقي من الصحابة في عهد مروان على ما روى أن نباشا أتى به مروان فسال الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا فيه شيئا فعززه أسواط ولم يقطعه وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد وبالأول أخذ أبو يوسف والشافعي (لقوله صلى الله عليه وسلم ومن نبش قطعناه ولأنه مال متقوم محرز بمحرز مثله في قطع فيه) أما أنه مال متقوم فلا شبهة فيه فإن لباس الثوب للبت لا يخرج عنه التقوم وأما أنه محرز فلا لبس بمضيق لأن الألب والوصى إذا كفنا الصبي من ماله لا يضمنان ومالا يكون محزرا يكون مضيعا وفيه الضمان وأما قوله (بمحز مثله) بمحز الجهر فلما يئنه الطحاوي حرز كل شيء معتبر بمحرز مثله حتى إنه إذا سرق دابة من اصطبل بقطع ولو سرق لواءة من الاصطبل لم يقطع وإذا سرق شاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لم يقطع لأن الشاة لا تحرز باحصن منها إذا كان بابها بحيث يمنع إخراج الشاة دون دخول

(ولا قطع على النباش) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولأنه مال متقوم محرز بمحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المحتق وهو النباش بلغة أهل المدينة ولأن الشبهة تمكنت في الملك لأنه لا ملك للبت حقيقة ولا لوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو ألا تزج لار لان الجناية في نفسها تادرة الوجود وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وإن كان القبر في بيت مقفل

عن أمه عائشة بنت مسعود بن الأسود عن أبيها قال لما سرق المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعظمنا ذلك وكانت امرأة من قريش فبغتنا النبي صلى الله عليه وسلم نكلمه فيها وقتلنا نحن نفديها بأربعين أوقية فقال صلى الله عليه وسلم تطهر خير لها فأتينا أسامة بن زيد فقتلناه كلفنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كلفه قال ما كثر لكم على في حد من حدود الله والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقنا لقطعنا يدها قال ابن سعد في الطبقات هذه المرأة هي فاطمة بنت الأسود بن عبد الأسود وقيل هي أم عمرو بنت سفيان بن عبد الأسد أخت عبد الله بن سفيان (قوله ولا قطع على النباش) وهو الذي يسرق أ كفاف المولى بعد الدفن (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف) وباقي الأئمة الثلاثة (عليه القطع) وهو مذهب عمرو ابن مسعود وعائشة ومن العلماء أبو ثور والحسن والشعبي والنخعي وقنادة وحناد وعمر بن عبد العزيز وقول أبي حنيفة قول ابن عباس والثوري والأوزاعي ومكحول والزهرى ثم الكفن الذي يقطع به ما كان مشروعا فلا يقطع في الزائد على كفن السنة وكذا ما ترك معه من طيب أو مال ذهب وغيره لأنه تضييع وسفه فليس محزرا وفي الوجيز في الزائد على العدد الشرعي وجهان ثم الكفن للوارث عندهم فهو الخصم في القطع وإن كفنه أجني فهو الخصم لأنه (أهم قوله عليه الصلاة والسلام من نبش قطعناه) وهو حديث منكر وإنما أخرجه البيهقي وصرح بضعفه عن عمران بن يزيد بن البراء بن عازب عن أبيه عن جده وفي سنده من يجهل حاله كبشر بن حازم وغيره ومثله الحديث الذي ذكره المصنف (لا قطع على المحتق) قال وهو النباش بلغة أهل المدينة (أي يعرفهم وأما الأثر فقال ابن المنذر روى عن ابن الزبير أنه قطع نباشا وهو ضعيف ذكره البخاري في تاريخه ثم أعلاه بسنبل بن ذكوان المكي قال عطاء كانه تمه بالكذب وبما أنه أثر عن ابن عباس رواه ابن أبي شيبة وفيه مجهول قال حدثنا شيخ لقيته بمعى عن روح بن قاسم عن مطرف عن عكرمة عن ابن عباس قال ليس على النباش قطع وأما ما رواه عبد الرزاق أخبرنا إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي قال أخبرني عبد الله بن أبي بكر عن عبد الله بن عامر بن ربيعة أنه وجد قومًا يخفون القبور بالين على عهد عمر بن الخطاب فكتب فيهم إلى عمر فكتب عمر رضي الله عنه أن اقطع أيديهم فأحسن منه بلا شك ما رواه ابن أبي شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن معمر عن الزهرى قال أتى مروان بقوم يخفون أي ينشون القبور فضر بهم ونفاهم والعبادة متوافرون اه وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر به وزاد ووقوف بهم وكذا أحسن منه بلا شك ما روى ابن أبي شيبة حدثنا حفص عن أشعث عن الزهرى قال أخذ نباش في زمن معاوية وكان مروان على المدينة فسأل من يحضره من الصحابة والفقهاء فأجمع رأيهم على أن يضرب ويطاف به اه وحينئذ لا شك في ترجيح مذهبن من جهة الآثار وأما من جهة الماهي فلهم ما ذكره المصنف بقوله ولأنه مال متقوم محرز بمحرز مثله فيقطع فيه) أما المالية فظاهر وأما الحرز فلان القبر حرز للبت وثيابه تبع له فيكون حرزا لها أيضا وقد سمي النبي صلى الله عليه وسلم القبر بيتا في حديث أبي ذر حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم كيف أنت إذا أصاب الناس موت يكون البيت فيه بالوصيف يعني القبر قالت الله ورسوله أعلم أو ما خارا لله لي ورسوله قال صلى الله عليه وسلم عليك بالصبر وقد بوب أبو

قال يقطع لانه محرز بالقافلة
قال شمس الاثمة والاصح
عندي أنه لا يجب القطع
لاختلال صفة المالكية
والمملوكية في الكفن من
الوجه الذي قررناه وقوله
(لما ينه) اشارة الى قوله صلى
الله عليه وسلم لا قطع على
المختنى والمعقول وهو قوله
لانه لا ملك للميت حقيقة
وقوله (ولا يقطع السارق
من بيت المال) ظاهر وقوله
(لما قلنا) اشارة الى ما يفهم
من قوله لانه مال العامة وهو
منهم فانه يفهم من ذلك أن
للسارق فيه حقا ولما قلنا
اشارة اليه قال (والحال
والمؤجل فيه) أى فى عدم
القطع (سواء) أما اذا كان
حالا قطاهر وأما اذا كان
مؤجلا فلان التأجيل
يسال التأخير المطالبة وأما
نفس وجوب الدين فتثبت
قبل المطالبة أيضا والقياس
أن يقطع لانه سرق ما لا يباح
الاخذ كما أن سرق من خلاف
جنسه ووجه الاستحسان
أن الاخذ ان لم يكن مستحقا
لمكان الاجل كان له شبهة
الاخذ وهي كافية للدرء

فهو على الخلاف في الصحيح لما قلنا وكذا إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بيناه (ولا يقطع السارق من بيت المال) لأنه مال العامة هو منهم قال (ولا من مال السارق فيه شركة) لما قلنا (ومن له على آخر دراهم فسرقة منه مثلها) قطع لأنه استيفاء لحقه والحال والموجب فيه سواء استحسننا لأن التأجيل إنما خبر المطالبة

ومثله أغلق الباب وغلق الأبواب (قوله بيانه ما قال في المبسوط الخ) أقول أى بيان قوله فى الصحيح حيث يفهم منه أن من علمائنا من قال ليس هذا على الخلاف (قوله وقوله لما بينا إشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول ولعل الأولى ان يقال لما بينا من الأدلة من الجانبين لأنه على لكونه على الخلاف ووجه ما ذكره الشارحون هو حمل قوله على الخلاف على معنى أنهم ما يخالفان أباب يوسف والشافعى ولا يوافقانها (قول الفتح أما مجازا) لم يذكر لها مقابلا فنامل اه من هامش نسخة العلامة الصراوى

وقوله (وكذا اذا سرق زيادة على حقه) ظاهر وقوله (لان له أن يأخذ عند بعض العلماء) يريد به ابن أبي ليلى فإنه يقول وان ظفر بخلاف جنس حقه كان له أن يأخذ لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية ومن العلماء من يقول له أن يأخذ رهنا بحقه واختلاف العلماء بورت الشبهة (فلنا هذا القول لا يستند الى دليل ظاهر) القياس ان لا يأخذ جنس حقه في الدين الحال لان حقه في الوصف في الحقيقة وهذا عين لكن تركناه فيه لقلة التفاوت بينهما ولا كذلك خلاف الجنس لقبح التفاوت فلا يترك القياس (ولا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك) أي أنه أخذه (٢٣٦) قضاء لحقه أو رهنا به (دري الحد عنه) لان فعله في موضع الاجتهاد لا ينفك

عن شبهة وان كان هو مخطئا في ذلك التأويل عندنا وقوله (ولو كان حقه دراهم) ظاهر وقوله (وقيل لا يقطع) قيل هو الاصح (لان النفود جنس واحد) كافي الزكاة والشفعة وقوله (ومن سرق عينا) ظاهر وقوله (لان الثانية متكاملة كالاولى) وجه التشبيه هو أن المتاع بعدرده على المسروق منه في حق السارق كعين أخرى في حكم الضمان حتى لو غصبها أو تلفها كان ضامنا فكذلك في حكم القطع لما أنه مال معصوم كامل المقدار أخذ من حرز لا شبهة فيه وبهذه الاوصاف لزمه القطع في المرة الاولى فكذلك في المرة الثانية وأما كونه أفجع فظاهر لتقدم الزاجر وقوله (ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد) إشارة الى قوله بعد أوران ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت عينه الخ وسقوط عصمة المحل بوجوب

وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه بصير شر يكافيه (وان سرق منه عروضا قطع) لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن أبي يوسف انه لا يقطع لان له أن يأخذ عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنا بحقه فلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك دري عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النفود جنس واحد (ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع) والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل أقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى

لا يباح له أخذه قبل الاجل وجه الاستحسان أن ثبوت الحق وان تأخرت المطالبة بصير شبهة دارثة وان كان لا يلزمه الاعطاء الآن (وكذا لو سرق أكثر من حقه) لا يقطع (لان بالزيادة بصير شر يكافي ذلك المال) بمقدار حقه ولا فرق بين كون المسروق منه مما طلا أو غير مما طل خلافا للشافعي في تفصيله بين المماطل فلا يقطع به وغير المماطل فيقطع ولو أخذ من غير جنس حقه فان كان حقه دراهم أو دنانير فأخذ عروضا قطع لانه ليس له أخذها اللهم الا أن يقول أخذتها رهنا بدينه فلا يقطع (وعن أبي يوسف لا يقطع لان له أن يأخذ عند بعض العلماء نقل عن ابن أبي ليلى) قضاء لحقه أو رهنا به (فلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر) فلا بصير شبهة دارثة الا ان ادعى ذلك (وان كان دراهم فأخذ دنانير) أو على القلب اختلاف فيه (قيل يقطع) لانها لا تصير قصاصا بحقه وانما يقع بيعا فلا يصح الا بالتراضي فليس له أخذها (وقيل لا يقطع) للمجانسة بينهما من حيث الثمنية و يقطع لو سرق حليما من فضة ودينه دراهم ولو سرق المكاتب أو العبد من غريم المولى قطع الا أن يكون المولى وكلهما بالقبض لان حق الاخذ حينئذ لهما ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكانه أو غريم عبده المأذون المدبون قطع لان حق الاخذ لغيره ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع (قوله ومن سرق عينا فقطع فيها فردها) بأن كانت قاعة ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول الشافعي ومالك وأحمد (لقوله صلى الله عليه وسلم فان عاد فاقطعوه) فيماري الدار فطن من حديث أبي هريرة بطريق فيه الواقدي عنه عليه الصلاة والسلام اذا سرق السارق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله اليسرى الحديث (ولان السرقة الثانية مثل الاولى) في سببية القطع (بل أخف) لان العود بعد الزاجر أفجع وصار كما اذا باعه المالك من السارق ويخص أبا يوسف أن المسروق عاد تقومه بالرد الى المالك ولهذا يصح من السارق لو تلفه بعد الرد فتمت سببية القطع كما لو سرق غيره أو ماله من غيره (وصار كما لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة) فانه يقطع انتفاقا (ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة

انتفاء القطع فان قبل العصمة وان سقطت بالسطة لكنها عادت بالرد الى المالك

المحل

قال المصنف (ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير) أقول كان الانسب ذكر هذه المسئلة مقدما على قوله وان سرق منه عروضا الا أنه لم يستحسن ان يفصل بين كلامي الجامع بمسئلة غير مذكورة فيه قال المصنف (والقياس أن يقطع) أقول فيه إشارة الى أن العدة في الاستدلال هو القياس ولهذا لم يجب عن الحديث بناء على أنه مطعون (قوله وجه التشبيه هو أن المتاع الخ) أقول هذا لاثبات المعصومية في المسروق المردود وتوطئة لبيان وجه التشبيه

أجاب بقوله (وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظر إلى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه) فقوله نظر إلى اتحاد الملك احتراز عما لو تبدل الملك في ذلك وهو جواب عن قوله كما إذا باع المالك من السارق الخ وقوله والمحل احتراز عما إذا تبدل المحل كما في صورة الغزل وهو قوله فيما يحى بقوله فإن تغيرت عن حالها من أن يكون غزلا الخ (وقوله وقيام الموجب) أي موجب سقوط العصمة وهو احتراز عما كان قبل القطع وقوله (بخلاف ما ذكره) يعني أبا يوسف من صورة البيع (لأن الملك قد اختلف باختلاف سببه وأصله حديث بريرة وهو معروف وقوله (٣٣٧) (أولان تكرار الجناية) معطوف على قوله

ولأن القطع فهو دليل آخر وتقريره تكرار الجناية منه بالعود إلى سرقة ما قطع فيه نادر جدا لتعمله مشقة الزاجر والنادر يعسر عن مقصود الإقامة وهو تقليل الجناية فلا يحتاج إليها (وصار كما إذا قذف المحذوف في القذف المقذوف الأول) بالزنا الأول فإنه لا يحد نظر إلى عرائه عن مقصود الإقامة فإن قيل نظير مسئلتنا حد الزنا في كون الحد في كل واحد منهم ما خالص حق الله تعالى ثم حد الزنا بتكرار بتكرار الفعل في محل واحد حتى أن من زنى بامرأة فحد ثم زنى بتلك المرأة مرة أخرى يحد ثانية بخلاف حد القذف فإن فيه حق العبد خصوصاً على أصل الخصم وخصومة المقذوف في الحد في المرة الثانية غير مسموعة لأن المقصود إظهار كذب القاذف ودفع العار عن نفسه وقد حصل ذلك بالمرة الأولى أوجب بأن

وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظر إلى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لأن المالك قد اختلف باختلاف سببه ولأن تكرار الجناية منه نادر لتعمله مشقة الزاجر فتعري الإقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما إذا قذف المحذوف في قذف المقذوف الأول قال (فإن تغيرت عن حالها من أن يكون غزلا فسرقة وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع) لأن العين قد تبدلت وله ذاك على كمال الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في كل محل وإذا تبدلت انتفت شبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانياً والله أعلم بالصواب

المحل في حق السارق (وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة أنها ساقطة نظر إلى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب) للسقوط (وهو القطع) فإن كل واحد من هذين يوجب بقاء السقوط الذي تحقق بالقطع حيث عادت العصمة وانتفى السقوط بعد تحققه كان مع شبهة عدمه فيسقط به بالحد بخلاف ما لو سرقه غيره لأن السقوط ليس إلا بالنسبة إلى المقطوع به لا سواء فيقطع وبخلاف صورة البيع المذكورة من السارق وسرقة السارق أباه من غيره لأن فيهما تبدل الملك وتبدل الملك بوجب تبدل العين حكماً كما عرف من حديث بريرة من قوله عليه الصلاة والسلام هو عليها صدقة ولنا منها هدية مع أنه عين اللحم مع أن مشايخ العراق على أنه لا يقطع في صورة تبدل الملك بالشراء فلنا أن نمنعه فلا يتم القياس عليه وعند مشايخ بخاري يقطع لتبدل العين حكماً وجوابه ما قلنا وأيضاً فتكرار الجناية بعد قطع يده نادر وتقدم أن ما يندرج وجوده لا يشرع فيه عقوبة ذنبوبة زاجرة فإنها حينئذ تعري عن المقصود وهو تقليل الجناية ذهني قليلة بالفرض فلم تقع في محل الحاجة وصار كالمقذوف شخصاً فحده ثم قذفه بعين ذلك الزنا بأن قال أنا باق على نسبتي إليه الزنا الذي نسبته إليه لا يحد ثانياً فكذا هذا أما لو قذفه بزناً آخر حده وأورد على هذا الوجه النقض بالزنا ثانياً بالمرأة التي زنى بها أولاً بعد أن جلد حد الزنا الأول بها فإنه يجب ثانياً إجماعاً فلم يكن تقدم الزاجر موجباً لعدم شرعيته ثانياً وقوعه في غير محل الحاجة إليه لو شرع وأوجب بالفرق بأن حرمة المحل في الزنا لا تسقط باستيفاء الحد بخلاف السرقة وهذا فرق صحيح يتم به وجه اختلاف الحكم المذكور في الزنا والسرقة لكنه لا يصلح جواباً بالنقض الوارد على هذا الوجه بخصوصه أعني كون إقامة الحد أولاً توجب ندرة العود فتوجب عدم شرع الزاجر في العود وكذلك الفرق بأن القطع حق لا يستوفي إلا بخصوصية المالك والخصومة لا تتكرر في محل بعد استيفاء موجب ما هي فيه كحد القذف غير دافع للوارد على خصوص هذا الوجه المدعى استقلاله (قوله فإن تغيرت عن حالها من أن يكون) المسروق الذي قطع به (غزلاً ثم نسج) بعد رده (فسرقه) ثانياً (قطع) وكذلك لو كان قطناً فصار غزلاً (لأن العين قد تبدلت ولهذا على كمال الغاصب) ويجب عليه ضمان قيمته مع قيامه بصورة الثوب (وإذا تبدلت العين انتفت شبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع)

حد القذف نظير مسئلتنا من حيث أن هذا حد لا يستوفي إلا بخصوصية فلا يتكرر بتكرار الخصومة من شخص واحد في محل واحد كحد القذف والفرق بين المتنازع فيه وصورة الزنا أن الحد في الزنا إنما هو باعتبار المستوفي والمستوفي في المرة الثانية غير المستوفي في المرة الأولى لأن الأول تلاشي واضمحلال المسروق في المتنازع فيه هو بعينه المسروق في المرة الأولى وقوله (فإن تغيرت عن حالها) ظاهر والقطع بالجر عطف على قوله من اتحاد

(قوله والمستوفي في المرة الثانية) أقول يعني منافع البضع (قوله لأن الأول تلاشي الخ) أقول لكونه عرضاً (قوله والقطع بالجراح) أقول ولعل الخصم يقول القطع في الأول باعتبار السرقة والأولى تلاشت والثانية غير هافلية تامل

ذكر الموصوف شرع في بيان الحرز الذي يحصل به الوصف ثم العلة في سقوط القطع عن قرابة الولاد أمهران البسوط في المال وفي حق الدخول في الحرز وعن ذي الرحم المحرم أمر واحد وهو البسوط في الدخول في الحرز (ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة الوجه والكف على ما سيجي في كتاب الكراهية إن شاء الله تعالى وقوله (وفي الثاني) يعني وفي ذي الرحم المحرم (خلاف الشافعي فإنه يقول في غير الوالدين والمولودين يجب القطع) لأنه ألحقها بالقرابة البعيدة (وقد بيناه في العتاق) ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع لعدم الحرز

﴿فصل في الحرز﴾ (قوله وفرغ عن ذكر الموصوف إلى قوله الوصف) أقول المراد من الموصوف المال ومن الوصف التحرز قال المصنف (فالاول وهو الولاد) أقول أي نزع الاول القطع حذف المضاف اليه وأقيم مقامه (قوله عن قرابة الولاد) أقول أي عن ذي قرابة الولاد قال المصنف (ولهذا

﴿فصل في الحرز والاخذ منه﴾ (ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذي رحم محرم منه لم يقطع) فالاول وهو الولاد للبسوط في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للعتاق الثاني ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديقين لأنه عاداهم بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي رحمه الله لأنه ألحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق

وهو بالجر عطف على لفظ اتحاد لا على لفظ المحل أي وانتمقت الشبهة الناشئة من القطع لامن اتحاد القطع وهي شبهة قيام سقوط العصمة لأنها كانت باعتبار اتحاد العين والتغير بوجها شيئا آخر فان قيل العين قائمة حقيقة وانما تبدل الاسم والصورة أجيب بان المتمكن قبل تبدل الصورة شبهة سقوط العصمة فكان المتمكن بعد شبهة الشبهة فلا تعتبر وفي شرح الطحاوي وإذا سرق ذهابا أو فضاة وقطع به ورده فجعله المسروق منه آنية أو كانت آنية فضرهم أدرأهم ثم عاد السارق فسرقه لا يقطع عند أبي حنيفة لأن العين لم تتغير عنده وقال لا يقطع لأنها تغيرت وفي كفاية البيهقي سرق ثوبا فخاطه ثم رده فنقض فسرق المنقوض لا يقطع لأنه لا يقطع حق المالك لو فعله الغاصب فلم يصرف في حكم عين أخرى

﴿فصل في الحرز والاخذ منه﴾ قدم بيان ما يتعلق بذات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع لأنه كلام في ذاته ثم ثني بحرزه لأنه خارج عنه ثم الأخراج من الحرز شرط عند عامة أهل العلم وعن عائشة والحسن والنخعي أن من جمع المال في الحرز قطع وإن لم يخرج به وعن الحسن مثل قول الجماعة وعن داود لا يعتبر بالحرز أصلا وهذه الأقوال غير ثابتة عن نقلت عنه ولا مقال لأهل العلم إلا ما ذكرنا فهو كالاجماع قاله ابن المنذر وقد ثبت أن لا يقطع في أقل من ثمن الجن ولا قطع في جريسة الجبل فتخصصت الآية به فجاز تخصيصه بآباده بما هو من الأمور الاجماعية وما بأخبار الآحاد وسيأتي ما هو أبلغ من ذلك ثم الحرز ما عدا عرفا حرز الأشياء لأن اعتبارها ثبت شرعا من غير تنصيص على بيانه فيعلم به أنه رد إلى عرف الناس فيه والعرف يتفاوت وقد يتحقق فيه اختلاف لذلك وهو في اللغة الموضع الذي يحزر فيه الشيء وكذا هو في الشرع لأنه بقيد المسألة أي المكان الذي يحزر فيه المال كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه والحرز ما لا يبعد صاحبه مضيقا (قوله ومن سرق من أبويه) وإن عليا (أو ولده) وإن سفل (أو ذي رحم محرم منه) كالأخ والأخت والعم والخال والخالة والعمة (لا يقطع) وقال مالك وشذوذ يقطع بالسرقة من الأبوين لأنه لا حق له في مالهما ولذا يحسد الزنا بجاريته ما يقتل بقتلهما وبه يبطل قوله في الكافي أما في الولاد فلا اختلاف فيه وقال أبو ثور وابن المنذر يقطع الأب أيضا في سرقة مال ابنه لظاهر الآية وقال الشافعي يقطع في السرقة من غير الولاد أما وجه الاول أي عدم القطع في قرابة الولاد فلا نعمة عادة تكون معها البسوط في المال والاذن في الدخول في الحرز حتى يعدل كل منهما بمنزلة الآخر ولذا منعت شهادته له شرعا ويخص سرقة الأب من مال الابن قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك وأما غير الولاد وهو الذي أراد المصنف بقوله (والثاني للعتاق) أي الأذن في الدخول في الحرز فالحقهم الشافعي رحمه الله بالقرابة البعيدة قال المصنف (وقد بيناه في العتاق) أي في مسألة من ملك دار محرم محرم منه عتق عليه ولحقناه بقرابة الولاد وقد رأينا الشرع ألحقهم بهم في إثبات الحرمة واقتراف الوصل فلذا ألحقناهم بهم في عدم القطع بالسرقة ووجوب النفقة ولأن الأذن بين هؤلاء ثابت عادة للزبارة وصلة الرحم ولذا حل النظر منها إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة كالعضد للدماء والج والصدر للقلادة والساق للخلخال وما ذاك إلا لزوم الحرز لو وجب سترها عنه مع كثرة الدخول عليها وهي من أحوال الأعمال وعدم احتشام أحدهما من الآخر وأيضا هذه الرحم المحرمة يفترض وصلها ويحرم قطعها وبما يقطع يحصل القطع فوجب صون ابنته ذكره في الكافي وسيأتي ما فيه

(ولو سرق ماله) أي مال ذي الرحم المحرم (من بيت غيره قطع) لوجود الحرز (٢٣٩) وقوله (وان سرق من أمه من

الرضاع) ظاهر وقوله (والحرمة بدونها) أي بدون القرابة (لا تحترم) أي لا تجعل حرمة قوية عادة (كما إذا ثبتت) يعني المحرمة (بالزنا) فإنه إذا سرق من بيت بنت المرأة التي زنى بها لا يعد شبهة في قطع البديل تقطع وان كانت المحرمة موجودة وكذلك إذا ثبتت بالتقيل عن شهوة وقوله (وأقرب من ذلك) أي من الحرمة الثابتة بالزنا (الاخت من الرضاغة) يعني ان الام من الرضاع أشبه الى الاخت من الرضاع في اثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرقة من بيت الاخت من الرضاع موجبة للقطع بالاجماع فيجب أن يكون من بيت أمه من الرضاع كذلك ووجه الاقرب ان الحاق الرضاع بالزنا أقرب من الحاقه بالزنا وقوله (وهذا) أي القطع مع الدخول عليها من غير استئذان وحشمة (لان الرضاع قلم يشتر فلا بسوطة تحرزا عن موقف) يعني موقف (التهمة بخلاف النسب) وقوله (واذا سرق أحد الزوجين من الآخر) ظاهر

قال المصنف (والحرمة بدونها لا تحترم الخ) أقول

أقول وذلك أنها بذلت نفسها

(ولو سرق من بيت ذي رحم محرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع) اعتبارا للحرز وعدمه (وان سرق من أمه من الرضاغة قطع) وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة ووجه الظاهر أنه لا قرابة والمحرمة بدونها لا تحترم كما إذا ثبتت بالزنا والتقيل عن شهوة وأقرب من ذلك الاخت من الرضاغة وهذا لان الرضاع قلم يشتر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب (واذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده أو من امرأته سيده أو من زوج سيده لم يقطع) لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق أحد الزوجين من حرز لاخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لبسوطة بينهم في الاموال عادة

ومما يدل على نقصان الحرز فيه قوله تعالى ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت اخوانكم أو بيوت اخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتيحه أو صديقكم ورفع الجناح عن الكل من بيوت الاعمام والعمات مطلقا يؤنس اطلاق الدخول ولو سلم فاطلاق الاكل مطلقا يمنع قطع القريب ثم هو ان ترك القيام دليل المنع بقيت شبهة الاباحة على وزان ما قلنا في أنت ومالك لا يبيك فان قلت فقد قال أو صديقكم كما قال أو بيوت أخوالكم والحال أنه يقطع بالسرقة من صديقه أجيب بأنه لما قصد سرقة ماله فقد عاداه فلم يقع الاخذ الا في حال العداوة (ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره لا يقطع ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه) فسرقة مال الغير من بيت ذي الرحم المحرم سرقة من غير حرز وسرقة مال ذي الرحم من بيت غيره سرقة من حرز فيقطع وهذا يعكز على الوجه الذي قد مناه من أن في القطع القطعة فيندري وهو الموعود ولذا والله أعلم لم يعرج المصنف عليه (قوله وان سرق من أمه من الرضاغة قطع) وهو قول أكثر العلماء (وعن أبي يوسف لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة) ولذا يقطع بالسرقة منها اتفاقا وكذا الاب من الرضاغة (وجه الظاهر أنه لا قرابة بينهما والمحرمة بدون القرابة لا تحترم كما إذا ثبتت المحرمة بالزنا) بان زنى بامرأة محرم عليه أمها وبنتها ويطع بالسرقة منهما (وأقرب من ذلك الاخت من الرضاغة) فان فيها محرمة بالقرابة مع المحادسب المحرمة فيهما فالحاق بها في اثبات القطع أولى منه بالالحاق بالمحرمة الثابتة بالوطء ثم تعرض المصنف لابطال الوجه المذكور لأبي يوسف صريحا وهو قوله لانه يدخل عليها الخ بقوله (وهذا لان الرضاع قلم يشتر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب) فانه يشتر بالتحشم ولا تهمة وهذا يتضمن منع قوله انه يدخل عليها من غير استئذان الخ فقال لان لم ذلك الا لو لم يكن مستلزما تهمة لكنه يستلزم مهال عدم الشهرة فيهم فلا يدخل بلا استئذان بخلاف النسب فانه يشتر فلا ينكر دخوله فلذا قطع في سرقة مال أمه من الرضاغة ولم يقطع في سرقة مال أمه من النسب (قوله واذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر أو العبد من سيده أو من امرأته سيده أو زوج سيده لم يقطع لوجود الاذن في الدخول عادة) فاختل الحرز (وان سرق أحد الزوجين من حرز لاخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي) في أحد أقواله وبه قال مالك وأحمد وفي قول آخر كقولنا وفي قول ثالث يقطع الرجل خاصة لان المرأة حقا في ماله أي الدفقة وجه قولنا ان بينهما بسوطة في الاموال عادة ودلالة فأن المأبذات نفسها وهي أنفس من المال كانت بالمال أسمع ولان بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالأولاد وفي موطن مالك عن عمر أنه أتى بغلام سرق امرأة سيده فقال ليس عليه شيء خادمكم سرق متاعكم فاذا لم يقطع خادم

فيه تأمل (قوله الاخت من الرضاغة) أقول أي محرمة الاخت قال المصنف (خلافا للشافعي الخ) وهي أنفس فالملأ أولى كذا قالوا لكنه خاص بما إذا كان المسروق منه الزوجة

وقوله (ودلالة) معناه أنها المابذلت نفسها (٢٤٠) وهي أنفس من الأموال فلأن تبذل المال أولى (وهو نظير الخلاف في

(الشهادة) فان شهادة أحد الزوجين للأخر لا تقبل عندنا وعند من قبله بل هذا أولى لان هذه البسطة لما منعت قبول الشهادة فلأن تمنع القطع وهو ما يندري بالشبهات أولى (قوله وهو ما تورع عن علي رضي الله عنه) رأته ليلاً يريد به ما روى عن علي رضي الله عنه انه أتى برجل قد سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيباً قال (والحرز على نوعين) الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين ويجوز أن يقال هو ما يراد به حفظ الاموال وهو على نوعين (حرز معني فيه) وهو انما يكون بالمكان المعدد لحفظ الامتعة والاموال ويختلف ذلك باختلاف الاموال (كالدور والبيت والصندوق والخانوت) والخطيرة للمغنم والمقر (وحرز بالحفاظ)

قال المصنف (ولو سرق المولى
من مكاتبه لم يقطع الى قوله
وكذا السارق من المغنم
الخ) أقول فيه بحث لأن
عدم القطع في تنبئ
المستثنين على مقتضى
هذين التعليلين لا يكون
لاقتفاء الحرز فلا يناسب
ذكرهما في هذا الفصل بل
الموضع المناسب لذكرهما
الباب السابق عند قوله

ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة (ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع) لان له في اقسامه حقا (وكذلك السارق من المغنم) لان له فيه نصيبا وهو مأثور عن علي رضي الله تعالى عنه درأ وتعليلا قال (والحرز على نوعين حرز اعني فيه كالبيوت والدور وحرز بالحفاظ) قال العبد الضعيف الحرز لا بد منه لان الاسنسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لحرز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق والخانوت وقد يكون بالحفاظ

الزوج فالزوج أولى قال المصنف (هو نظير الاختلاف في الشهادة) يعني عندنا لا يقطع أحدهما بعمل الآخر كما أن شهادته لا تقبل لاتصال المنافع وعنده يقطع كما تقبل في أحد قوليه فان قلت أحد الزوجين ربما لا يسيطر للاخر في ماله بل يحبس عنه ويحجزه قلنا وكذلك الاب والابن قد يتفق من كل منهما ذلك ولا يقطع بينهما اتفاقا وفي شرح الطحاوي لو سرق من بيت الاصهار والاختان قال أبو حنيفة لا يقطع وقال يقطع ولو سرق من بيت زوجة ابنه أو أبيه أو زوج ابنته أو بنت زوج أمه ان كان يجمعهما منزل واحد لم يقطع بالاتفاق وان كان كل في منزل على حدة فعلى الاختلاف المذكورة ولو سرق أحد الزوجين من الآخر ثم طلقتا قبل الدخول بهما فبانت من غير عدة فلا يقطع على واحد منهما ولو سرق من أجنبية ثم تزوجها لا يقطع عليه سواء كان الزوج بعد أن قضى بالقطع أو لم يقض في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه قال اذا قضى عليه بالقطع بقطع ولو سرق من امرأته المبتوتة أو المختلعة في العدة لا يقطع وكذا اذا سرقته هي من الزوج في العدة وان كانت منقضية العدة يجب القطع (قوله ولو سرق المولى من مكانه لا يقطع) بلا خلاف (لان للمولى حق في كسبه) ولان ماله موقوف دائر بينه وبين المكاتب لانه ان عجز كان للمولى أو عتق كان له فلا يقطع في سرقة مال موقوف دائر بين السارق وغيره كما اذا سرق أحد المتبايعين ما شرط فيه الخيار وكما لا يقطع على السيد كذلك لا يقطع على المكاتب اذا سرق مال سيده لانه عبده أو من زوجة سيده وهو قول أكثر أهل العلم وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر يقطع بسرقة مال من عدا سيده كزوجة سيده لعموم الآية وتقدم أثر عمرو وهو في السرقة من مال زوجة سيده وكان عن المرأة ستين درهما وعن ابن مسعود مثله ولم ينقل عن أحد من الصحابة شيء خلافاه فحل محل الإجماع فتخص به الآية والحكم في المدبر كذلك (قوله وكذلك السارق من المغنم) لا يقطع (لان له فيه نصيبا وهو ما ثور عن علي درأ وتعليل) روى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الثوري عن سمك بن حرب عن أبي عبيدة بن الأبرص وهو يزيد بن دينار قال أتى على رجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرا ورواه الدارقطني قيل وفي الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجه حديثا جارية بن المغلس عن حجاج بن تميم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس ان عبدا من رقيق الخس سرق من الخس فرفع الى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه وقال مال الله سرق بعضه بعضا ولا يخفى أن هذا ليس مما نحن فيه ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم مال الله سرق بعضه بعضا وكلاهما سرق بعض مستحق الغنمة واسناده ضعيف (قوله قال) أي المصنف (الحرز لا بد منه) لوجوب القطع (لان الاستسرار لا يتحقق دونه) لانه اذا لم يكن له حافظ من بنا ونحوه أو انسان متصد للحفظ يكون المال سائبا فلا يتحقق اخفاء الاخذ والدخول فلا يتحقق السرقة وعلى هذا يكون قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما بنفسه بوجوب الحرز اذا لا تتصور السرقة دون الاخفاء ولا يتحقق الاخفاء دون الحفاظ فيخفى الاخذ منه أو البناء فيخفى دخوله بيت غيره من الناس والاحاديث الواردة بعد ذلك في اشتراطه كقوله صلى الله عليه وسلم لا يقطع في ثمر معلق ولا في جريسة الجمل فاذا آواه المراح أو الجرين فاقطع فيما بلغ عن المجن ونحوه وارد على وفق الكتاب لا مبين محض (ثم هو على نوعين حرز) بالمكان (كالدور والبيوت)

ولا يقطع السارق من بيت المال والظاهر أن ذكرها المستطراذى قال المصنف (لأنه فيه نصيبا) أقول والجدران
هذا التعليل يدل على أنه لو لم يكن له فيه نصيب يقطع لكن الرواية مطلقة في مختصر القدوري وشرح الطحاوى فلا بد من تعليل آخر

كن جلس في الطريق أوفى المسجد - ذو عنده متاعه فانه محرزه (وكل واحد منهم ما يثقل عن الآخر) وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد) وهو ليس بمحرز لانه لم يقصد به الاحراز وإذا سرق من البيت ولم يكن له باب أوله باب ولكنه مفتوح وصاحبه ليس عنده (٢٤١) يقطع (ففي الحرز بالمكان لا يعتبر

الاحراز بالحفاظ) فلو سرق من بيت مأذون له بالدخول فيه لكن مالكة يحفظه لا يقطع لان الاعتبار هو الحرز بالمكان وقوله (هو الصحيح) احتراز عما ذكر في العيون انه عند أبي حنيفة يقطع فيه ووجه الصحيح أن الحرز الحقيقي هو الحرز بالمكان لانه يمنع وصول اليد الى المال ويكون المال محتفيا به وأما الحرز بالحفاظ فانه وان منع وصول اليد اليه لكن المال لا يحتفي به ثم الحرز بالمكان لا يجب القطع به تنكح الا باخراج المتاع منه لقيام يده قبله والمحرز بالحفاظ يجب القطع فيه اذا أخذ المال (لزوال يد المالك بمجرد الاختدقتم السرقة) وهذا أيضا مما يدل على أن الحرز بالمكان أقوى (ولا فرق بين أن يكون الحفاظ مستيقظا أو نائما والمتاع عنده أو تحتته هو الصحيح

قال المصنف (لانه محرز بدونه وهو البيت) أقول قال الزبلي لان الحرز به فوق الحرز بالحفاظ لان الحرز ما يمنع وصول اليد

كن جلس في الطريق أوفى المسجد وعنده متاعه فهو محرزه وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد (وفي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحفاظ) هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب أو كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا أنه لا يجب القطع الا بالاخراج منه لقيام يده قبله بخلاف الحرز بالحفاظ حيث يجب القطع فيه كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الاختدقتم السرقة ولا فرق بين أن يكون الحفاظ مستيقظا أو نائما والمتاع تحتته أو عنده

والجدران والحواريات للتجار وليست هي التي تسمى في عرف بلاد مصر الدكاكين والصناديق والقيام والحركاء وجميع ما أعد لحفظ الامتعة وقد يكون بالحفاظ وهو بدل عن الاماكن المبنية على ما ذكر في المحيط وذلك (كن جلس في الطريق) أوفى الصحراء (أوفى المسجد وعنده متاعه فهو محرزه وقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد) على ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه ومالك في الموطأ وأحمد في مسنده من غير وجه والحاكم وحكم صاحب التنقيح ابن عبد الهادي أنه حديث صحيح وله طرق كثيرة والفاظ مختلفة وان كان في بعضها انقطاع وفي بعضها من هو مضعف ولكن تعددت طرقه واتسع مجيئه اتساعا يوجب الحكم بصحته بلا شبهة وفي طريق السنن عن عبد الله بن صفوان عن أبيه انه طاف بالبيت وصلى ثم لفر داء له من رد فوضعه تحت رأسه فنام فأتاه اص فاستله من تحت رأسه فأخذه فأتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان هذا سرق ردائي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم أسرفت رداءه - هذا قال نعم قال اذهب به فاقطع ايده فقال صفوان ما كنت أريد أن تقطع يده في ردائي قال فلو لا كان قبل أن تأتي بي به زاد النسائي فقطمه وفي المستدرک سماه خيصة عن ثلثين درهما (قوله وفي المحرر بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحفاظ هو الصحيح) احتراز عما في العيون أن علي قول أبي حنيفة يقطع السارق من الحمام في وقت الاذن أي في وقت دخولها اذا كان غصه حافظ وقال أبو يوسف ومحمد لا يقطع وبه أخذ أبو الليث والصدور الشهيد وفي الكافي وعليه الفتوى وهو ظاهر المذهب ووجه الصحيح (انه محرز بدون الحفاظ) لان المكان في نفسه صالح للاحراز وهو المنع من وصول يد غيره صاحبه الى ما فيه ويكون المال مع ذلك محتفيا وليس هذا مع الحفاظ فهو فرع ولا اعتبار للفرع مع وجود الأصل فلا يعتبر وجوده معه فلذا كان الاصح أنه اذا دخل الحمام في وقت الاذن في دخولها وسرق منها ما عنده حافظ لا يقطع لان الحمام في نفسه صالح لصيانة الاموال الا أنه اختل الحرز الاذن في دخولها ولذا يقطع اذا سرق منها الا بخلاف المسجد فانه ما وضع لاحراز الاموال فيقطع السارق بما عنده من يحفظه فيه وقد قطع سارق رداء صفوان وكان نائما في المسجد ولكن المكان هو الحرز الذي يقتصر النظر عليه قلنا يقطع السارق منه وان لم يكن له باب أوله باب ولكنه مفتوح لان البناء الاحراز (الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يد المالك قبل الاخراج) من داره فلا يتحقق الاخذ الا بالازالة يده وذلك بالاخراج من حرزه (بخلاف الحرز بالحفاظ فانه يقطع كما أخذه لزوال يد المالك بمجرد الاختدقتم السرقة) فيجب موجبها (ولا فرق) في وجوب القطع (بين كون الحفاظ في الطريق والصحراء والمسجد) مستيقظا أو نائما والمتاع تحتته أو تحت رأسه (أو عنده) وهو بحيث يراه

(٣١ - فتح القدير رابع) الى المال وبه امتنع من اختفائه عن أعينهم فكان الحرز بالحفاظ دونه فيكون كالبديل عنه فلا يعتبر حال وجود الأصل انتهى لا يقال اذا كان في الحرز بالحفاظ شبهة البدلية يجب ان لا يقطع السارق منه اذا الحدود تندري بالشبهات لا تاتر كمال القياس لحديث صفوان

(الان النائم عند متاعه بعد حافظا) (٢٤٣) لمتاعه) وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا ان صاحب المتاع انما يكون محررا

لمتاعه في حال نومه اذا جعل المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه أما اذا كان موضوعا بين يديه فلا يكون محررا في حال نومه أخذوا ذلك من قوله في الاصل المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه ويبيت عليه فسرق منه رجل قطع قالوا قوله يبيت عليه يشير الى أنه انما يقطع اذا نام عليه ومال الى الاول شمس الأئمة وقال (المودع والمستعير لا يضمنان بمثل ذلك لانه ليس بتضييع بخلاف ما قاله في الفتاوى) يعني قال فيها انهم ما يضمنان في هذه الصورة ولكن ذكر في الفتاوى الظهيرية مثل ما ذكره شمس الأئمة ثم قال وقالوا انما لا يجب الضمان اذا وضع الوديعه بين يديه ونام فيما اذا نام قاعدا وأما اذا نام مضطجعا فاعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضر وأما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعدا أو مضطجعا كذا في النهاية وقوله (ولا قطع على من سرق من حمام) يعني في الوقت الذي أذن للناس بالدخول فيه (أو من بيت أذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة) يعني في الحمام (أو حقيقة) يعني في البيت الذي أذن للناس بالدخول فيه وقوله (ويدخل في ذلك) أي في قوله أو من بيت أذن للناس في دخوله وقوله (الا اذا سرق منها ليلا)

هو الصحيح لانه بعد النائم عند متاعه حافظا في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى قال (ومن سرق شيئا من حرز أو من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع) لانه سرق مالا محررا بأحد الحرزين (ولا قطع على من سرق مالا من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله) لوجود الاذن عادة أو حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوائت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها يبيت لحرز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار (ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع) لانه محرر بالحفاظ لان المسجد ما بني لحرز الاموال فلم يكن المال محررا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي أذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للحرز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحرار بالحفاظ (ولا قطع على الضيف اذا سرق من أضافه) لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ولانه بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة

(لانه بعد النائم عند متاعه) وبحضرتيه كيفما نام مضطجعا أو لا (حافظا في العادة) وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم بان شرط كون المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه وجه الصحيح ما ذكرنا (ولهذا لا يضمن المودع والمستعير) اذا حفظ الوديعه والعارية كذلك فسرق ولو لم يكن ذلك حفظا ضمنا (بخلاف ما اختاره في الفتاوى) فانه أوجب فيها الضمان على المودع والمستعير اذا نام مضطجعا ثم ما كان حرزا لنوع يكون حرزا لجميع الانواع هو الصحيح كما ذكره الكرخي حتى لو سرق لؤلؤة من اصطبل أو حظيرة غنم يقطع بخلاف ما اذا سرق الغنم من المرعى فقد أطلق محمد عدم القطع فيه وفي الفرس والبقر وهو مقيد بما اذا لم يكن معها من يحفظها فان كان قطع اذا لم يكن راعيا فان كان الذي يحفظها الراعي ففي البقال لا يقطع وهكذا في المشتق عن أبي حنيفة وأطلق خواهر زاده ثبوت القطع اذا كان معها حافظ ويمكن التوفيق بأن الراعي لم يقصد لحفظها من السراق بخلاف غيره ونقل الاسيحاوي عن بعض أصحابنا أن كل شيء يعتبر بحرزه مثله فلا يقطع باللولؤة من الاماكن المذكورة والشباب النديسة منها وهذا قول الشافعي (قوله ومن سرق شيئا من حرز أو من غير حرز) كالصحراء (وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محررا بأحد الحرزين) وهذا بعمومه يتناول ما اذا سرق من حمام وصاحبه عنده يحفظه وتقدم أن الصحيح أنه لا يقطع به اذا كان وقت الاذن الا أن قوله وصاحبه عنده يختص بما يليه وهو قوله من غير حرز فلا يرد الحمام فانه حرز على أن قوله بعد ذلك ولا قطع على من سرق من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله تقيده فانه بعمومه يقتضي أن لا يقطع وان كان صاحبه عنده يحفظه والوجه ظاهر من الكتاب وهذا تفريع على ما قدمه من الاصل المذكور (قوله ويدخل في ذلك) أي يدخل في بيت أذن في دخوله (الخانات والحوائت) فيثبت فيها حكم عدم القطع نهارا فان التاجر يفتح حانوته نهارا في السوق وبأذن للناس في الدخول ليستروا منه فاذا سرق واحد منه شيئا لا يقطع وكذا الخانات (الا اذا سرق منها ليلا لانها يبيت لحرز الاموال) وانما اختل الحرز بالنهار للاذن وهو منتف بالليل (ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرر بالحفاظ لان المسجد ما بني لحرز الاموال فلم يكن محررا بالمكان) لينقطع اعتبار الحفاظ ثم تختل حرز يته بالاذن كالحمام فكان الحفاظ معتبرا حرزا فيقطع بالاخذ وعلى هذا ما في الخلاصة جماعة نزولوا بيتا أو خانة فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه لا يقطع ولو كان في المسجد جماعة قطع (قوله ولا قطع على الضيف اذا سرق من أضافه) لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ولانه (بالاذن صار بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة) وكذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار التي أذن له في دخولها وهو مقفل أو من صندوق مقفل ذكره القندوري في شرحه لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد ولهذا اذا أخرج

اذن للناس في دخوله وقوله (الا اذا سرق منها ليلا) استثناء من قوله ولا قطع وقوله (ومن سرق من المسجد متاعا) ظاهر

قال المصنف (ومن سرق شيئا من حرز) أقول تفريع وبيان لما قاله أولا بقوله الحرز على نوعين الخ

وقوله (ومن سرق سرقة) أي مالا وسمى الشيء المسروق سرقة مجازا ومنه قول محمد إذا كانت السرقة مصحفا وقوله (وان كانت فيها) أي في الدار (مقاصير) يعني حجرات وبيوت وقوله (وان أغار انسان) (٣٤٣) أي دخل بسرعة قال في النهاية

ناقلا عن المغرب ان أغار لفظ شمس الأئمة الخواني والضمري وأما لفظ محمد فهو وان أغار انسان من أهل المقاصير انسانا على مناع من يسكن مقصورة أخرى ولفظ شمس الأئمة السرخسي كذلك وكأنه أصبح لان الاغارة في باب السرقة غير لا ثقة لان السرقة أخذ مال في خفاء وحيلة فلذلك سمي السارق به لانه يسارق عن المسروق منه والاغارة أخذ في الجاهرة مكابرة ومغالبة وقيل يجوز أن يكون بعض أهل المقاصير يدخل على بعض آخر بالليل جهرا ومكابرة ومخافتا عن أعين الناس ومثل هذا المعنى لا يليق به الا الاغارة وإذا صح المعنى جاز أن يكون لفظ الاغارة مرويا عن محمد وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله أغار إشارة الى هاتين الجهتين وقوله (لما بينا) إشارة الى قوله لان كل مقصورة الخ وقوله (واذا نقب اللص البيت) ظاهر وقوله (وهي بناء على مسألة تأتي بعد هذا) إشارة الى مسألة نقب البيت

(قوله وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله أغار إشارة الى هاتين الجهتين)

(ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع) لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الاخذ (فان كانت دار فيها مقاصير فأخرجها من المقصورة الى صحن الدار قطع) لان كل مقصورة باعتبارها كمنزلة حرز على حدة (وان أغار انسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع) لما بينا (واذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهم) لان الاول لم يوجد منه الاخراج لا اعتراض بدمعتبرة على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن أبي يوسف - رحمه الله ان أخرج الداخل يده وناولها الخارج فالتقطع على الداخل وان أدخل الخ الخارج يده فتناولها من يده الداخل فعليه ما لقطع وهي بناء على مسألة تأتي بعده هذا ان شاء الله تعالى

اللص من بعض بيوت الدار الى الدار لا يقطع ما لم يخرجها من الدار واذا كان واحدا فبالاخذ في الدار اختل الحرز في البيوت وسيأتي ما يفيد هذا (قوله ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الاخذ) وهتك الحرز (فان كانت فيها مقاصير فأخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع) هذا كلام محمد وأول بما اذا كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم ويستغنون به استغناء أهل المنازل بمنزلهم عن صحن الدار وانما ينتفعون به انتفاعهم بالسكة لانه على هذا التقدير بعد الاخراج اليها كالاخراج الى السكة بخلاف ما تقدم لان بيوت الدار كلها في يد واحد وهنا كل بيت حرز على حدته لا اختلاف السكان وفي الفتاوى الصغرى القوم اذا كانوا في دار كل واحد في مقصورة على حدة عليه باب يغلق فنقب رجل من أهل الدار على صاحبه وسرق منه ان كانت الدار عظيمة بقطع والا فلا ثم في الفصل الاول قال بعضهم لا ضمان عليه اذا تلف المسروق في يده قبل الاخراج من الدار ولا قطع عليه والصحيح أنه بضمن لوجود التلف على وجه التعدي بخلاف القطع لان شرطه هتك الحرز ولم يوجد (قوله وان أغار انسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع) يريد دخول مقصورة على غرة فأخذ بسرعة يقال أغار الفرس والتعلب في العدو اذا أسرع وقوله فسرق نفسه لبقوله أغار (قوله واذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال فتناوله آخر خارج البيت) عند النقاب أو على الباب (فلا قطع عليهم) بلا تفصيل بين اخراج الداخل يده الى الخارج أو ادخال الخارج يده (ثم روى عن أبي يوسف ان أخرج الداخل يده منها الى الخارج فالتقطع على الداخل وان أدخل الخ الخارج يده فتناولها فعليه ما لقطع) وعلى الاطلاق الذي هو ظاهر المذهب بقوله (لا اعتراض بدمعتبرة على المال) المسروق (قبل خروجه) أي قبل خروج الداخل والوجه أن يقطع الداخل كما عن أبي يوسف لانه دخل الحرز وأخرج المال منه بنفسه وكونه لم يخرج كله معه لا أثر له في ثبوت الشبهة في السرقة واخراج المال وما قبل ان السرقة تمت بفعله الداخل والخارج ثم اخرج لا يقطع فكذا الداخل ممنوع بل تمت بالداخل وحده وانما تتم بهما اذا أدخل الخ الخارج يده فأخذها وفيه قال أبو يوسف يقطعان وقول مالك ان كانا متعاونين قطعاهو محمل قول أبي يوسف وقال فان انفرد كل بفعله لا يقطع واحدهما وهذا لا يتحقق في هذه الصورة الا اذا اتفق أن خارجا رأى نقبا فأدخل يده فوقعت على شيء مما جعه الداخل فأخذه فظاهر أنه لا يقطع واحدهما قال والمسألة بناء على مسألة أخرى تأتي يعني مسألة نقب البيت والقائه في الطريق ثم خرج وأخذه ولم يذكر محمد ما اذا وضع الداخل المال عند النقاب ثم خرج وأخذه قيل يقطع والصحيح أنه لا يقطع قيل ولو كان في الدار نهر جار فرمى المال في النهر ثم خرج فأخذه ان خرج بقوة الماء لا يقطع لانه لم يخرج به وقيل يقطع لانه

أقول به في الدخول بالليل جهرا والاختفاء عن أعين الناس (قوله وهي بناء على مسألة) أقول بظاهر بناء عليها بآدنى التأمل لكن لا بد في قطع الداخل اذا أدخل الخ الخارج يده من ملاحظة دليل قوله اذا دخل الحرز جماعة

(قوله وان ألقاه في الطريق) واضح وحاصله أن يده تثبت عليه بالأخذ ثم بالرمي إلى الطريق لم تزل يده حكم العدم اعترض به أخرى على يده وإذا بقيت يده حكمًا وقد نقرر ذلك بالأخذ الثاني وجب القطع (قوله ولم نعترض عليه بدم معتبرة) جواب عن قوله كالأخذ غيره فان هناك بدم معتبرة اعترضت عليه (٣٤٤) فأوجب سقوط البدل الحكيمة للسارق فلما لم تسقط البدل الحكيمة هناك لم يرد ما ذكره زفر لانه

(وان ألقاه في الطريق وخرج فأخذه قطع) وقال زفر رحمه الله لا يقطع لان الالتقاء غير موجب للقطع كالأخذ وخرج ولم يأخذ وكذا الأخذ من السكة كالأخذ غيره ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السارق لتعذر الخروج مع المتاع أوليته فرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار ولم نعترض عليه بدم معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا فإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لاسارق قال (وكذلك ان جملة على حمار فساقه وأخرجه) لان سيره مضاف اليه لسوقه (واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا) قال العبد الضعيف هذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمه الله لان الإخراج وحده منه فتمت السرقة به ولنا أن الإخراج من الكل معنى للعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لأن المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلا امتنع القطع لأدى إلى سد باب الحد

إخراج ذكره التمرناشي وقال في المبسوط فيما إذا أخرجه الماء بقوة جريه الأصح أنه يلزمه القطع وهو قول الأئمة الثلاثة لان جري الماء به كان بسبب القائه فيه فبصير الإخراج مضافا اليه وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يكون مسقطا للقطع عنه ولو كان راكدا أو جريه ضعيفا فأخرجه بصير بك الماء قطع بالاجماع وهذا يرد نقضا على مسألة المذهب لانه يصدق عليه انه لم يخرج مع المال ولكن لا يصدق عليه اعراض البدل المعتبرة قبل أن يخرج به (ولو ألقاه) الداخل (في الطريق) ثم خرج وأخذه قطع) وبه قالت الأئمة الثلاثة خلافا ل زفر (له أن الالتقاء غير موجب للقطع كالأخذ ولم يأخذه) بأن تركه أو أخذه غيره (وكذا الأخذ من السكة) غير موجب للقطع فلا يقطع بحال (ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السارق لتعذر الخروج مع المتاع لضيق النقب أوليته فرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار) ان أدرك (ولم نعترض على المال الذي أخرجه بدم معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا وإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع) لمال صاحب الدار عداوة ومضارة (لاسارق) وإذا أخذه غيره فقد اعترضت بدم معتبرة فقطعت نسبة الأخذ اليه والحاصل أن يد السارق تثبت عليه وبالالتقاء لم تزل يده حكم العدم اعترض به أخرى ألا ترى أن من سقط منه مال في الطريق فأخذه انسان ليرده عليه ثم رده إلى مكانه لم يضمن لانه في ذلك المكان في يد صاحبه حكم فرده اليه كرده إلى صاحبه بخلاف ما لو أخذه غيره لسقوط البدل الحكيمة باليد الحقيقية (وكذا إذا جملة على حمار فساقه فأخرجه لان سيره مضاف اليه بسوقه) فيقطع وفي مبسوط أبي اليسر وكذا إذا علقه في عنق كلب وزجره بقطع ولو خرج بلا زجره لا يقطع لان الدابة اختيارا فإم يفسد اختيارها بالجل والسوق لا تنقطع نسبة الفعل اليها وكذا إذا علقه على طائر فطار به إلى منزل السارق أو لم يسق الحمار فخرج بنفسه إلى منزل السارق لا يقطع (قوله) وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا قال رحمه الله وهذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر (والأئمة الثلاثة لان فعل السرقة لا يتم الا بالإخراج بعد الأخذ والأخذان نسب إلى الكل فلا إخراج انما وجد منه فانما تمت السرقة منه فلما نتم هذا هو القياس ولكننا استحسنا قطعهم (لان الإخراج وان قام به وحده لكنه في المعنى من الكل لتعاونهم كما في السرقة الكبرى) وإذا باشر بعضهم القتل والأخذ والباقون وقوف يجب حده قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل إلى الكل شرعا بسبب معاونتهم وأن قدرة القاتل والأخذ انما هي بهم فكذا هذا (فان السارق يعتادون ذلك فينتفرغ غير الحامل للدفع) فكان مثله وبهذا القدر يتم الوجه وقوله بعد ذلك (فلا امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد) ان منع لم يضر

خرج من الحرز ولا مال في يده وقوله (فاعتبر الكل) أي القاءه في الطريق ثم أخذه منه (فعلا واحدا) كما إذا أخذ المال وخرج معه من الحرز فانه فعل واحد كذلك هذا وقوله (فإذا خرج ولم يأخذه) جواب عن قوله كما لو خرج ولم يأخذ وقوله (وكذا ان جملة على حمار) ظاهر قال (واذا دخل الحرز جماعة) كلامه واضح وانما وضع المسئلة في دخول جميعهم لانهم اذا اشتروا وانفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فاقطع على من دخل البيت وأخرج المتاع ان عرف بعينه وان لم يعرف فعليه التعزير ولا يقطع واحد منهم وان كان غير الداخل بعين الداخل والفرق بينهما أنهم لم يلمسوا البيت لم يتأكدوا منهم ههناك الحرز بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم لما أن كمال ههناك الحرز انما يكون بالدخول وقد وجد في مسألة الكتاب فاعتبر اشتراكهم قالوا هذا اذا كان الأخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بان كان عاقلا بالغًا أو ما إذا كان الاخذ الحامل صبيًا أو مجنونًا فلا يقطع واحد منهم لان غير الحامل في هذا

الفعل تبع لا الأخذ الحامل فاذا لم يجب القطع على من هو أصل لا يجب على من هو تبع وان كان الذي تولى الجل والإخراج كبيرا لكن فيهم صبي أو مجنون فكذلك الجواب على قول أبي حنيفة ومحمد لان الفعل من الكل واحد وقد تمكنت الشبهة في فعل بعضهم فلا يجب على الباقي وقال أبو يوسف يجب القطع الأعلى الصبي والمجنون

(قوله ومن نقب البيت) واضح والخطري في هو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد والدرهم الخطري في كانت من أعز النقود بخاري كذا في المغرب ويؤيد وجه ظاهر الرواية ما روي عن علي أنه قال اللص اذا كان نظريفا لا يقطع قبل وكيف ذلك قال أن ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير أن يدخل وقوله (بخلاف الصندوق) جواب عن قوله كما اذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فان قيل لو كان الكمال في هتك الحرز (٢٤٥) شرطاً فخرزاعن شبهة العدم لما وجب

القطع فيما تقدم من حل بعض القوم المتاع دون بعض لان فيه شبهة العدم أجاب بأن ذلك هو المعتاد (وان طرصرة) الطرارهو الذي يطر الهميان أي يشقهها ويقطعها والصرة وعاء الدراهم يقال صررت الصرة أي شدتها والمراد بالصرة هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم وفي هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على أن المذكور في أصول الفقه بان الطراره يقطع ليس بمجرد على عموم بل هو محمول على الصورة الثانية وهي ما اذا أدخل يده في الكم فطرها (قوله فلا يوجد هتك الحرز) يعني ادخال اليد في الكم واخراج الدراهم منه وقوله (في الوجهين) أي من الخارج والداخل وقوله (ينعكس الجواب) يعني فيما اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الذي كان خارج الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج في أخذ الدراهم الى ادخال

قال (ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيئاً لم يقطع) وعن أبي يوسف في الاملاء أنه يقطع لانه أخرج المتاع من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الخطري ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال فخرزاعن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد أمكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان المالك فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد قال (وان طرصرة خارجة من الكم لم يقطع وان أدخل يده في الكم يقطع) لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطريق يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطريق يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب

وانما وضعها في دخول الكل لانه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركو في فعل السرقة لا يقطع الا الداخل ان عرف بعينه وان لم يعرف عزروا كلهم وأبدجسهم الى ان تظهر توبتهم (قوله ومن نقب البيت وأدخل يده فأخذ شيئاً لم يقطع) وهذا ظاهر الرواية عن الكل ولذا لم يذكر الحاكم خلافاً (وروي عن أبي يوسف في الاملاء أنه يقطع) وهو قول الاثمة الثلاثة لان اخراج المال من الحرز هو المقصود وقد تحقق والدخول فيه لم يفعل قط الا له فكان هو المقصود من الدخول وقد وجد فاعتباره شرطاً في القطع بعد المقصود واعتبار صورة لا أثر لها غير ما حصل (وصار كما اذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الخطري) أوفى الجواب والخطري في درهم منسوب الى الخطري بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وكانت دراهمه من أعز النقود بخاري قال المصنف (ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال) وعرفت أن هذا في حيز المنع منهم فأثبت بقوله (فخرزاعن شبهة العدم) أي شبهة عدم السرقة وهي مسقطه فان الناقص يشبه العدم وقد يمنع نقصان هذه السرقة لانها أخذ المال خفية من حرز وقد تحقق والدخول ليس من مفهومها ولا شرط لوجودها اذ قد يتحقق هذا المفهوم بلا دخول وقد يتحقق معه وفي كلا صورتين معنى السرقة تام لانقص فيه وكون الدخول هو المعتاد باتفاق الحال لانه قلما يقدر على اخراج شيء ما لم يبصره بعينه من جوانب البيت فيقصده اليه ولما يدخل الانسان يده من كوة بيت فتقع على مال ثم فرق بينه وبين الصندوق ان الدخول في الصندوق غير ممكن فسقط اعتباره بخلاف البيت (وبخلاف ما تقدم من حل البعض المتاع فانه هو المعتاد) (قوله ومن طر) أي شق (صرة) والصرة الهميان والمراد من الصرة هنا الموضع المشدود فيه الدراهم من الكم (لم يقطع وان أدخل يده في الكم يقطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطريق يتحقق الاخذ من خارج فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطريق يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب) فاذا كان الرباط من خارج يقطع لانه أخذ الدراهم حينئذ من باطن الكم وان كان الرباط من داخل الكم لا يقطع لانه حينئذ يأخذها من خارج

اليدي في الكم فلما أخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز بخلاف ما اذا كان حل الرباط في داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة لمحاولة فكان الاخذ من خارج الكم فلم يقطع لانه لم يهتك الحرز في أخذ المال لانه وان أدخل اليد في الكم الا أنه أدخلها لحل الرباط لا لأخذ المال من الكم وهذا معنى قوله ينعكس الجواب

قال المصنف (لان في الوجه الاول الى قوله هتك الحرز) أقول فيه بحث يندفع بأدنى تأمل فانه لا يدخل يده في الحرز حينئذ لعدم قابلية الحرز لذلك اذا كان الطر من خارج فلم يوجد هتك الحرز على الكمال

لانعكاس العلة وقوله (لانه يعتمد) (٢٤٦) أي لان صاحب الكم يعتمد الكم في حفظ المال لقيام نفسه عند المال لان

قصد صاحب الكم من وجوده عند المال لا يتخلو من أحد أمرين قطع المسافة أو الاستراحة وذلك لانه إما أن يكون في حالة المشي أو في غير حالته ففي الاول قصده قطع المسافة لاحفظ المال وفي الثاني قصده الاستراحة والمقصود هو المعنى في هذا الباب الا ترى أن من شق الجوالق الذي على ابل تسير وأخذ الدراهم منه يقطع لان صاحب المال اعتمد الجوالق بحرزها فكان سارق الدراهم من الجوالق هاتكا للحرز فيقطع ومن سرق الجوالق بمافيها والجوالق على ابل تسير لا يقطع لان السائق والقائد انما يقصد بفعله قطع المسافة والسوق لا الحفظ فلم يصير الجوالق محرزاً به مقصوداً على ما هو للذكور في الكتاب وقوله (وان سرق من القطار بعيراً) القطار الابل تقطع على نسق واحد والجمع قطر ومنه تقاطر القوم اذا جاؤا أرسالا

قال المصنف (لأنه محرز إما بالكُم) أقول قال الكافي أي في صورة طرها خارج الكُم (أو بصاحبه) أي في صورة طرها داخل الكُم بل المال محرز بصاحبه والمال تبع انتهى بل الظاهر عكس

ذلك وأيضاً حيث لا يلائم قوله لنا الحرز هو الكُم اذا أبو يوسف لا ينكره

لانعكاس العلة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقطع على كل حال لانه محرز إما بالكُم أو بصاحبه قلنا الحرز هو الكُم لانه يعتمد وانما قصده قطع المسافة أو الاستراحة فأشبه الجوالق (وان سرق من القطار بعيراً أو جمل لم يقطع) لانه ليس بمحرز مقصوداً فتمكن شبه العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع (وان شق الجمل وأخذ منه قطع) لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع (وان سرق جوالق مافيها متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع) ومعناه ان كان الجوالق في موضع هو ليس بمحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزاً بصاحبه لكونه من مرصد الحفظ وهذا لان المعنى هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه بعد حفظا عادة

الكم فظهر أن انعكاس الجواب (لانعكاس العلة) وعن أبي يوسف انه (أي الطرار) يقطع على كل حال وهو قول الاثمة الثلاثة لان في صورة أخذ من خارج الكُم ان لم يكن محرزاً بالكُم فهو محرز بصاحبه واذا كان محرزاً بصاحبه وهو نائم الى جنبه فلا أن يكون محرزاً به وهو يقظان والمال يلاصق بدنه أولى (قلنا بل الحرز هنا ليس الا الكُم لان صاحب المال يعتمد الكُم) أو الجيب لقيام نفسه فصار الكُم كالصندوق وهذا لان المطرور كده اما في حال المشي أو في غيره مقصوده في الاول ليس الا قطع المسافة لاحفظ المال وان كان الثاني مقصوده الاستراحة عن حفظ المال وهو مشغول قلبه بمراقبته فانه متعب للنفس فيربطه ليريح نفسه من ذلك فانما اعتمد الربط والمقصود هو المعنى في هذا الباب الا ترى أن من شق جوالقاً على جمل يسير فأخذ مافيها قطع لان صاحب المال اعتمد الجوالق فكان السارق منه هاتكا للحرز فيقطع ولو أخذ الجوالق بمافيها لا يقطع وكذا لو سرق من الفسطاط قطع ولو سرق نفس الفسطاط لا يقطع لانه ليس محرزاً بل مافيها محرز به فلذا قطع فيحاط به دونه بخلاف مالو كان الفسطاط ملفوفاً عند محفظه أو في فسطاط آخر فله يقطع به ولو سرق الغنم من المرعى لا يقطع وان كان الراعي معها لان الراعي لا يقصد الحفظ بل مجرد الرعي بخلاف مالو كانت في حظيرة ياهالها وعليها باب مغلق فأخرجها منه قطع لانها ليست لحفظها وعند الاثمة الثلاثة اذا كان الراعي بحيث يراها يقطع لانها محرز به وان كانت غائبة عن نظره أو هوناً ثم أو مشغول فليست محرزة وكذا اذا أخذ الجوالق بمافيها من الجمل المقطرة يقطع وبما ذكر من التفصيل في الطرظهر أن ما يطلق في الاصول من أن الطرار يقطع لغيره باقى على قول أبي يوسف (قوله وان سرق من القطار بعيراً أو جمل لم يقطع لانه ليس بمحرز مقصود فتمكن فيه شبه العدم وهذا لان السائق والراكب والقائد انما يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الجمل وأخذ منه قطع لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع) وعند الاثمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز فيقطع في أخذ الجمل والجمل والجوالق والشق ثم الاخذ أو القائد حافظ العمل الذي زمامه بيده فقط عندنا وعندهم اذا كان بحيث يراها اذا التفت اليها حافظ لكل محرزة عندهم بقوده وفرض أن قصده قطع المسافة ونقل الامتعة لا ينافي أن يقصد الحفظ مع ذلك بل الظاهر ذلك فوجب اعتباره والعمل به وكونه عليه الصلاة والسلام لم يوجب القطع في جريسة الجبل يحمل على ترك الراعي اياها في المرعى وغيبها عن عينه أو مع نومه والقطار بكسر القاف الابل يشد زمام بعضها خلف بهض على نسق ومنه جاء القوم متقاطرين اذا جاء بعضهم إثر بعض (قوله وان سرق جوالق مافيها متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع ومعناه اذا كان الجوالق في موضع ليس بمحرز كالطريق) والمقارعة والمسجد (ونحوه حتى يكون محرزاً بصاحبه لكونه من مرصد الحفظ وهذا لان المعنى هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه بعد حفظا عادة

وقوله (وهذا يؤكده ما قدمناه من القول المختار) يريد قوله ولا فرق بين ان يكون الحافظ متيقظا الى قوله وهو الصحيح والله اعلم
 فصل في كيفية القطع واثباته كما ذكرنا من وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفية فعله وهذا الفصل في بيانه الزند فصل طرف الذراع
 من الكف والحسم من حسم العرق كواه بحديدة محمالة لا يسيل دمه (فالقطع لما تلونا به) يعني قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا
 أيديهما الآية (واليمين بقراءة ابن مسعود) فاقطعوا أيديهما وهي مشهورة جازت الزيادة بها (٣٤٧) على الكتاب وقد عرف في الاصول

(ومن الزند لأن الاسم يتناول
 اليد الى الابط وهذا
 الفصل أعني الرسغ متيقن به)
 من حيث القطع والمقطوع
 لكونه أقل نقولنا من حيث
 القطع احتراز عن قول بعض
 الناس ان المستحق قطع
 الاصابع فقط لان بطشه
 كان بالاصابع فتقطع
 أصابعه لنزول غمكه من
 البطش بها لان فيه قطعاً
 مكرراً وفيما قلنا قطع واحد
 على انه مخالف للنص لان
 المذكور فيه اليد وقولنا
 من حيث المقطوع احتراز
 عن قول الخوارج تقطع عين
 السارق من المنكب لان
 اليد اسم للبارحة من رؤس
 الاصابع الى الاطراف لان فيه
 تكثير المقطوع وقوله
 (كيف وقد صرح أن النبي
 صلى الله عليه وسلم أمر بقطع
 السارق من الزند والحسم)
 روى أبو هريرة أن النبي
 صلى الله عليه وسلم أتى
 بسارق فقال يا رسول الله ان
 هذا سارق فقال عليه السلام
 ما إخلاله سرق فقال السارق
 بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به
 فاقطعوه ثم أحسموه الحديث

وكذا النوم يقرب منه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون
 حافظه وهذا يؤكده ما قدمناه من القول المختار والله أعلم بالصواب

فصل في كيفية القطع واثباته قال (ويقطع عين السارق من الزند ويحسم) فالقطع لما تلونا من
 قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ومن الزند لأن الاسم يتناول اليد الى الابط
 وهذا الفصل أعني الرسغ متيقن به كيف وقد صرح أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بقطع يد السارق
 من الزند والحسم لقوله عليه الصلاة والسلام فاقطعوه واحسموه

وكذا النوم يقرب منه على ما اخترناه من قبل (يعني عند التصحيح وقوله لانه بعد النائم عند متاعه حافظه
 في العادة) وذكر في بعض نسخ الجامع وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظه وهذا يؤكده ما قدمناه من
 القول المختار) وهو أنه لا يشترط في قطع السارق من الحافظ كونه عنده أو تحت

فصل في كيفية القطع واثباته ظاهر ترتيبه على بيان نفس السرقة وتفاصيل المال والحرز لانه
 حكم سرقة المال الخاص من الحرز فينتعقبه (فالقطع لما تلونا من قبل) وهو قوله تعالى فاقطعوا أيديهما
 والمعنى يديهما وحكم اللغة أن ما أضيف من الخلق الى اثنين لكل واحد واحد أن يجمع مثل قوله تعالى
 فقد صغت قلوبكما وقد بيني وقال * ظهراهما مثل ظهور الترسين * والافصح الجمع وأما كونها
 اليمين بقراءة ابن مسعود فاقطعوا أيديهما وهي قراءة مشهورة فكان خبرا مشهورا فيقيد اطلاق النص
 فهذا من تقييد المطلق لامن بيان الجمل لان الصحيح أنه لا اجال في قوله فاقطعوا أيديهما ما وقد قطع عليه
 الصلاة والسلام اليمين وكذا الصمابة فلم يكن التقييد مراد المفعول وكان يقطع اليسار وذلك لان اليمين
 أنفع من اليسار لانه يتمكن به من الاعمال وحدها ما لا يتمكن به من اليسار ولو كان الاطلاق مرادا
 والامتنال يحصل بكل لم يقطع الا اليسار على عادته من طلب الايسر لهم ما أمكن وأما كونه من الزند
 وهو مفصل الرسغ ويقال الكوع فلانه المتوارث ومثله لا يطلب فيه سند بخصوصه كالتواتر لا يبالى
 فيه بكفر الناقلين فضلا عن فسقهم أو ضعفهم وروى فيه خصوص متون منها ما رواه الدارقطني في
 حديث رداء صفوان قال فيه ثم أمر بقطعه من المفصل وضعف بالعزري وابن عدي في الكامل عن
 عبد الله بن عمر قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارقا من المفصل وفيه عبد الرحمن بن سلمة قال ابن
 القطان لا أعرف له حالا وأخرج ابن أبي شيبة عن رجاء بن حيوة أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع رجلا من
 المفصل وانما فيه الارسال وأخرج عن عمرو بن علي انه ما قطع من المفصل وانعقد عليه الاجماع فانتقل
 عن شذوذ من الاكتفاء بقطع الاصابع لان بها البطش وعن الخوارج من أن القطع من المنكب لان اليد
 اسم لذلك الله أعلم بصحته وبتقدير ثبوتها هو خرق للاجماع وهم لم يقدحوا في الاجماع قبل الفتنة ولان
 اليد تطلق على ما ذكرنا الى الرسغ اطلاقا أشهر منه الى المنكب بل صار يتبادر من اطلاق اليد
 فكان أولى باعتبارها ولئن سلم اشتراك الاسم جاز كون ما الى المنكب هو المراد وما الى الرسغ فيتعين ما الى
 الرسغ در الزائد عند احتمال عدمه وأما الحسم فقد روى الحاكم من حديث أبي هريرة أنه عليه الصلاة

فصل في كيفية القطع قال المصنف (لان الاسم يتناول اليد الى الابط) أقول ولعل المراد أن لفظ اليد مشترك بين الكل
 والجزء كلفظ القرآن قال العلامة الكاكي اليد قد تكون من المنكب وقد تكون من المرفق وقد تكون من الرسغ باستعمال العرب
 واللغة والشرع ولكن زال هذا الابهام ببيان رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمله وعمل الصحابة رضوان الله تعالى عليهم واجماعهم اه
 (قوله لان الاسم) أي اسم اليد وقوله يتناول اليد أي يتناول المسمى به (قوله أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بقطع السارق من
 الزند والحسم) أقول فيه شيء لان ظاهر أسلوبه يوهم ان يكون قوله والحسم معطوفا على قوله بقطع وليس كذلك بل على قوله ومن الزند

ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر لامتناف (فان سرق ثانيا قطع رجله اليسرى فان سرق
ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب) وهذا استحسان ويعزأ ايضا ذكره المشايخ رحمهم الله وقال
الشافعي رحمه الله في الثالثة تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة
والسلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويري مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة
مثل الاولى في كونها اجنبية بل فوقها فتكون ادعى الى شرع الحد

وقوله (ولانلوم بحسم)
ظاهر وقوله (وخلد في
السجن حتى يتوب) حاصله
أن السارق لا يؤتى على
أطرافه الا ربعة بالقطع
وانما يقطع عينه أول سرقة
ورجله اليسرى في ثانیها
ثم يعزربعد ذلك ويحبس
عندنا وعند الشافعي بعد
الرابعة يحبس وعند أصحاب
الطواهر في المرة الخامسة
يقتل وقوله (ويروى
مفسرا كما هو مذهبه) هو
في حديث أبي هريرة أن
النبي صلى الله عليه وسلم
قال في المرة الاولى تقطع يده
اليمنى وفي الثانية الرجل
اليسرى وفي الثالثة اليد
اليسرى وفي الرابعة
الرجل اليمنى (قوله ولان
الثالثة) ظاهر

والسلام أتى بسارق سرق ثوباً فقال عليه الصلاة والسلام ما إخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم اثبتوني به فقطع ثم حسم ثم أتى به فقال تب إلى الله قال تب إلى الله قال تاب الله عليكم وقال صحيح على شرط مسلم ورواه أبو داود وفي المراسيل وكذا رواه أبو القاسم بن سلام في غريب الحديث وأخرج الدارقطني عن حجة عن علي أنه قطع أيديهم من المفصل ثم حسمهم فكاثني أنظر إليهم وإلى أيديهم كأنها أبواب الحجر والحسم الكي لينقطع الدم وفي المغرب والمغني لابن قدامة هو أن يغمس في الدهن الذي أغلى وعن الزيت وكفاه الحسم في بيت المال عندهم لأنه أمر القاطع به وبه قال الشافعي في وجهه وعندهما هو على السارق وقول المصنف (لأنه لو لم يحسم يؤدي إلى التلف) يقتضي وجوبه والمنقول عن الشافعي وأحمد أنه مستحب فإن لم يفعل لا يأنم ويسن تعليق يده في عنقه لأنه عليه الصلاة والسلام أمر به ورواه أبو داود وابن ماجه وعندنا ذلك مطلق للإمام أن رآه ولم يثبت عنه عليه الصلاة والسلام في كل من قطعه ليكون سنة (قوله) وإن سرق ثوباً فاقطع رجله اليسرى (بالإجماع) فقد روى فيه حديث قدمناه ثم يقطع من الكعب عنداً كثر أهل العلم وفعل عمر ذلك وقال أبو ثور والروافض يقطع من نصف القدم من معقد الشراك لأن علياً كان يقطع كذلك ويدع له عقاباً بمعنى عليه قال (فإن سرق ثوباً لا يقطع) بل يعزر (ويجلب في السجن حتى يتوب) أو يموت (وقال الشافعي في الثالثة تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام من سرق فاقطعوه ثم إن عاد فاقطعوه ثم إن عاد فاقطعوه ثم إن عاد فاقطعوه) وهو بهذا اللفظ لا يعرف ولكن أخرجه أبو داود عن جابر قال جئ بسارق إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قتله قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جئ به في الثانية فقال قتله قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جئ به في الثالثة فقال قتله قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جئ به في الرابعة فقال قتله قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جئ به في الخامسة قال قتله قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجترأناه فآلقيناه في بئر ورميناه عليه الحجارة قال النسائي حديث منكر ومصعب بن ثابت ليس بالقوي وأخرج النسائي عن حماد بن سامة أنبأنا يوسف بن سعيد عن الحرث بن حاطب اللخمي أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بلص فقال قتله قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم سرق فقطعت رجله ثم سرق على عهد أبي بكر حتى قطعت قوائمه الأربع كلها ثم سرق الخامسة فقال أبو بكر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلم بهذا حين قال قتله ورواه الطبراني والحاكم في المستدرک وقال صحيح الإسناد قال المصنف (وروى مفسراً كما هو مذهبه) أخرجه الدارقطني عن أبي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال إذا سرق السارق فاقطعوا يده فإن عاد فاقطعوا رجله فإن عاد فاقطعوا يده فإن عاد فاقطعوا رجله وفي سنده الواقدي وهنات طرق كثيرة متعددة لم تسلم من الطعن ولذا طعن الطحاوي كذا كره المصنف فقال تتبعناها هذه الآثار فلم نجد شيئاً منها أصلاً وفي المبسوط الحديث غير صحيح والاحتج به بعضهم في مشاورة علي ولئن سلم يحمل على الانتساخ لأنه كان في الابتداء تغليظ في الحدود ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع أيدي العرنيين وأرجلهم وسمعنا عنهم ثم انتسخ ذلك وأما فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما فروى مالك في الموطأ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن رجلاً من اليمن أقطع اليد والرجل قدم فنزل

ولنا قول علي رضي الله عنه فيه اني لا استحي من الله تعالى أن لأدع له يدأيا كل بها ويستحي بها ورجلا
عشي عليها

علي أبي بكر الصديق فشكا اليه ان عامل اليمن ظلمه فكان يصلي من الليل فيقول أبو بكر رضي الله عنه
وأبيك ماليلك بلبيل سارق ثم انهم فقدوا عقدا لا أسماء بنت عيسى امرأة أبي بكر الصديق رضي الله عنه
فجعل الرجل يطوف معهم ويقول اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح فوجدوا الحلبي عند صائغ
زعم أن الاقطع جاء به فاعترف الاقطع وشهد عليه فامر به أبو بكر فقطعت يده اليسرى وقال أبو بكر
لداؤه على نفسه أشد عليه من سرقته ورواه عبد الرزاق أخبرنا معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة
رضي الله عنها قالت قدم علي أبي بكر رضي الله عنه رجل أقطع فشكا اليه أن بعلي بن أمية قطع يده ورجله
في سرقة وقال والله ما زدت علي أنه كان يوليئني شيئا من علمه فخنثته في فريضة واحدة فقطع يدي ورجلي فقال
له أبو بكر ان كنت صادقا فلا قيد لك منه فلم يلبثوا الا قليلا حتى فقد آل أبي بكر حليا لهم فاستقبل القيلة
ورفع يديه وقال اللهم أظهر من سرق أهل هذا البيت الصالح قال فما انتصف النهار حتى غرروا على المناع
عنده فقال له أبو بكر رضي الله عنه ويا لك انك لتقليل العلم بالله فقطع أبو بكر يده الثانية قال محمد بن الحسن
في موطنه قال الزهري و يروي عن عائشة قالت انما كان الذي سرق حلبي أسماء أقطع اليد اليمنى فقطع
أبو بكر رجله اليسرى قال وكان ابن شهاب أعلم بهذا الحديث من غيره هذا وقد حكى عن عطاء وعمر بن
العاص وعثمان وعمر بن عبد العزيز أنه يقتل في المرة الخامسة كما هو ظاهر ما روى من ذلك وذهب مالك
والشافعي الى أنه يعزروا بحبس كفولنا في الثالثة (قوله ولنا قول علي رضي الله عنه الخ) قال محمد بن الحسن
في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن علي بن أبي طالب رضي الله
عنه قال اذا سرق السارق قطعت يده اليمنى فان عاد فقطعت رجلاه اليسرى فان عاد ضمنته السجن حتى
يحدث خيرا لي لا استحي من الله أن أدعه ليس له يدأيا كل بها ويستحي بها ورجل عشي عليها ومن
طريق محمد بن عمار الدارقطني ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن جابر عن الشعبي قال كان علي
لا يقطع الا اليد والرجل وان سرق بعد ذلك سجنه ويقول اني لا استحي من الله أن لأدع له يدأيا كل
بها ويستحي بها ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا حاتم بن اسمعيل عن جعفر بن محمد عن أبيه قال
كان علي لا يزيد علي ان يقطع السارق يدا ورجلا فاذا أتى به بعد ذلك قال اني لا استحي أن أدعه لا يتطهر
لصلاته ولكن احبسوه وأخرج به البيهقي عن عبد الله بن سلمة عن علي رضي الله عنه أنه أتى بسارق فقطع
يده ثم أتى به فقطع رجلاه ثم أتى به فقال أقطع يده فبأى شيء يتمسح وبأى شيء يأكل أقطع رجلاه على أي شيء
عشي اني لا استحي من الله ثم ضرب به بخلة في السجن وروى ابن أبي شيبة أن فحمة كنب الى ابن عباس
بسأله عن السارق فكتب اليه بمثل قول علي وأخرج عن مالك أن عمر استشارهم في سارق فأجمعوا على
مثل قول علي وأخرج عن مكحول أن عمر رضي الله عنه قال اذا سرق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا
رجله ولا تقطعوا يده الاخرى ونزوه بأكل بها ويستحي بها ولكن احبسوه عن المسلمين وأخرج عن
النخعي كانوا يقولون لا يترك ابن آدم مثل البهيمة ليس له يدأيا كل بها ويستحي بها وهذا كله قد ثبت
ثبوت الامر له فبعد أن يقع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل هذه الحوادث التي غالباً تتوفر
الدواعي على نقلها مثل سارق يقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعته ثم يقتله والصحابه يجتمعون على
قتله ولا يخبر بذلك عند علي وابن عباس وعمر من اصحاب الملازمين له عليه السلام بل أقل ما في الباب أن
كان ينقل لهم ان غالباً بل لا بد من علمهم بذلك وبذلك تقضى العادة فامتناع علي بعد ذلك اما الضعف
الروايات المذكورة في الايمان على أربعته وإما العلم أن ذلك ليس حتما مستمرا بل من رأى الامام قتله
لما شاهد فيه من السعي بالفساد في الارض وبعد الطباع عن الرجوع فله قتله سياسة في فعل ذلك

(قوله فجهم) أي غلبهم في
الحجة يقال حاجه فججه أي
ناظره في الحجة فغلبه بها
(قوله بخلاف القصاص)
جواب سؤال تقديره لو قطع
رجل أربعة أطراف اقتصر
منه بالاجماع وجميع
ما ذكرتم من المخطورات
هناك موجود لانه لا يبقى له
يدبا كل بها ويستجى بها
ورجل يمشى عليها وفيه
تقويت جنس المنفعة ونادر
الوجود ونقرر الجواب أن
القصاص حق العباد وحق
العبد يراعى فيه المساواة
بالنص (والحديث) الذي
رواه الشافعي دليل على
دعواه هذه (طعن فيه
الطحاوي) قال تتبعنا هذه
الأخبار فلم نجد شيئاً منها
أصلاً أشار بها إلى ما رواه
الشافعي وقال أبو نصر
البغدادى قال الطحاوي
انه حديث لا أصل له لان
كل من لقيناه من حفاظ
الحديث ينكرونه ويقولون
لم نجد له أصلاً (أو نحوه)
على السياسة) بدليل ما ورد
في ذلك الحديث من الأمر
بالقتل في المرة الخامسة
وقوله (لان فيه تقويت
جنس المنفعة بطشاً) يعنى
ان كانت يده اليسرى مؤفة
(أو مشياً) ان كانت رجله
اليمنى كذلك وباقي كلامه ظاهر

وبه إذا حاج بقية الصحابة رضى الله عنهم فجهم فانه قد اجماعاً ولانه اهلاك معنى لما فيه من تقويت
جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب وقوعه بخلاف القصاص لانه حق العبد
فيستوفى ما أمكن جبر الحقه والحديث طعن فيه الطحاوي رحمه الله أو نحوه على السياسة
(واذا كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع) لان فيه تقويت
جنس المنفعة بطشاً أو مشياً وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاً لم يقطع (وكذا اذا كانت ابهامه اليسرى
مقطوعة أو شلاً أو الأصبعان منها سوى الإبهام) لان قوام البطش بالإبهام (فان كانت أصبع
واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاً قطع) لان قوت الواحد لا يوجب خلافاً لظاهر في البطش
بخلاف قوت الأصبعين لانهم ما يتزلان منزلة الإبهام في نقصان البطش

القتل المعزى (قوله وبه إذا حاج على بقية الصحابة فجهم فانه قد اجماعاً) يشير إلى ما في تنقيح ابن
عبد الهادي قال سعيد بن منصور رضى الله عنه حدثنا أبو معشر عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن
أبيه قال حضرت علي بن أبي طالب وقد أتى رجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لأصحابه
ما ترون في هذا قالوا اقطع به بأمر المؤمنين قال قتلته اذا وما عليه القتل بأي شيء يا كل الطعام بأي شيء
يتوضأ للصلاة بأي شيء يغسل من جنابته بأي شيء يقوم على حاجته فرده إلى السجن أبا مائمه أخرجه
فاستشار أصحابه فقالوا مثل قولهم الأول وقال لهم مثل ما قال أول مرة فجلده جلدًا شديدًا ثم أرسله
وقال سعيد أيضاً حدثنا أبو الاحوص عن سمك بن حرب عن عبد الرحمن بن عائذ قال أتى عمر بن الخطاب
بأقطع اليد والرجل قد سرق فأمر أن يقطع رجله فقال على رضى الله عنه قال الله انما جازاه الذين
يحاربون الله ورسوله الآية فقد قطعت يده هذا ورجله فلا ينبغي ان تقطع رجله فتدعه ليس له فائمة يمشى
عليها ما أن تعزروه واما ان تودعه السجن فاستودعه السجن وهذا رواه البيهقي في سننه وهو مما يؤيد ضعف
الحديث من استدلال على رضى الله عنه وموافقة عمر له قال المصنف (ولانه اهلاك معنى) هو من
قول على رضى الله عنه قتلته إذا (والحد زاجر) لا مهلك (ولانه نادر الوجود) أي يندر أن يسرق
الانسان بعد قطع يده ورجله (والحد) لا يشرع الا (فما يغلب) على ما مر غير مرة (بخلاف
القصاص) يعنى لو قطع رجل يدي رجل قطع يده أو أربعه قطعت أربعته (لانه حق للعبد
فيستوفى ما أمكن جبر الحقه) لا يقال اليد اليسرى محل للقطع بظاهر الكتاب ولا اجماع على خلاف
الكتاب لاننا نقول لماوجب حمل المطلق منه على المقيد عملاً بالقراءة المشهورة خرجت من كونها
مرادة ونعنت اليمنى مرادة والأمر المقرون بالوصف وان تكرر يشكر ذلك الوصف لكن انما يكون
حيث أمكن واذا اتنى ارادة اليسرى عما ذكرنا من التقييد اتنى محلين للقطع فلا يتصور تكراره فيلزم
ان معنى الآية السارق والسارقة مرة واحدة فاقطعوا أيديهما وثبت قطع الرجل في الثانية بالسنة
والاجماع واتنى ما وراء ذلك لقيام الدليل على العدم (قوله وان كان السارق أشل اليد اليسرى أو
مقطوع الرجل اليمنى) أو كانت رجله اليمنى شلاً (لا يقطع لان في القطع) والحالة هذه (تقويت جنس
المنفعة بطشاً) فيما اذا كانت اليد اليسرى مقطوعة أو مشلولة (أو مشياً) اذا كان ذلك في رجله اليمنى
وتقويت جنس المنفعة اهلاك حتى وجب تمام الدية بقطع اليدين والرجلين وهذا لان المشى لا يتأتى
مع قطع اليد والرجل من جهة واحدة (وكذا) لا يقطع عين السارق (اذا كانت ابهام يده اليسرى)
أو رجله اليسرى (مقطوعة أو شلاً أو الأصبعان) من واحدة منهما (سوى الإبهام) لان قوتها يقوم
مقام قوت الإبهام في نقصان البطش بخلاف قوت أصبع واحدة غير الإبهام لا يوجب ذلك فيقطع
ولا يشك ان الشلل وقطع الإبهام والأصابع لو كان في اليد اليمنى انه يقطع لانها لو كانت صحيحة قطعت
فكيف اذا كانت ناقصة وانما خواف في هذا الباب ما ذكر في الكتاب حيث جعل القائم مقام الإبهام

قال (واذا قال الحاكم للحداد اقطع عيني هذا السارق) الحداد هو الذي يقيم الحد فعل منه كالجلاد من الجلد وانما قيد بقوله عيني هذا لانه اذا قال اقطع يده مطلقا فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه فعل ما امر به فانه امره بقطع اليد اليسرى يد فلا ضمان عليه ولم يذ كر حكم ما اذا قطع اليمين بعد القضاء قبل ان يقول له اقطع وقال في المبسوط لاشي عليه (٣٥١) لان قيمة اليد قد سقطت بقضاء

الامام عليه بالقطع فالقاطع استوفى بد الأقيمة لها فلم يكن ضمانا لكن أدبه الامام لانه أساء الادب حين قطعه قبل أن يأمره الامام به وكلامه واضح وقوله (بغير حق) دليله أن الحق في اليمين في السرقة وهو أيضا لم يقطع بسار أحد لم يكن حق القطع اليسار قصاصا (ولانا ويل) حيث لم يخطئ لان الكلام فيما اذا تم في قطع اليسار (فلا يعني) كما لو قطع رجله أو أنفه (وان كان في المجتهدات) لأن المجتهد لا يذرف فيما اذا أخطأ اذا كان الدليل ظاهرا كالحكم بحل متروك التسمية عامدا (وكان ينبغي أن يجب القصاص لانه امتنع للشبهة) وهي قوله تعالى فاقطعوا أيديهما فان ظاهره بوجوب تناول البدين جميعا فصار شبهة في حق القصاص اذ القصاص لا يثبت بالشبهة بخلاف ضمان المال وقوله (ولابي حنيفة) تقريره القول بالموجب سلما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولانا ويل لكنه أخلف من جنسه ما هو خير منه فلا بعدا لافا (وعلى هذا) التقرير (لو قطعه غير الحداد) أي لو قطع بسار السارق غير الحداد بعد

قال (واذا قال الحاكم للحداد اقطع عيني هذا في سرقة سرقة فاقطع بساره عمدا أو خطأ فلا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال لاشي عليه في الخطأ ويضمن في العمد) وقال زفر رحمه الله يضمن في الخطأ أيضا وهو القياس والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد وأما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقبل يجعل عذرا أيضا له أنه قطع يده معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا انه أخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد موضوع ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولانا ويل لانه نعم - د الظلم فلا يعني وان كان في المجتهدات وكان ينبغي ان يجب القصاص لانه امتنع للشبهة ولا شيء حنيفة رحمه الله انه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه فلا بعدا لافا كان شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن أيضا هو الصحيح

المخل بالبطش فوات ثلاث أصابع وهنا جعل له أصبعين لان الحد يحنط في درته (قوله) واذا قال الحاكم للحداد أي الذي يقيم الحد فعل منه كالجلاد من الجلد (اقطع عيني هذا في سرقة سرقة فاقطع بساره عمدا أو خطأ فلا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله) ولكن يؤدب وبه قال أحمد (وقالا لاشي عليه في الخطأ ويضمن في العمد) ارش اليسار (وعند زفر يضمن في الخطأ أيضا) بخلاف ما لو قال له اقطع يده هذا فقطع اليسار لا يضمن بالاتفاق وعند مالك والشافعي يقتصر في العمد كقولنا فيما اذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضاء بالقطع في انتظار التعديل ثم عدلت لا قطع عليه لفوات محله وتقطع بد القاطع قصاصا ويضمن المسروق لو كان أتلفه لان سقوط الضمان باستيفاء القطع حقا لله تعالى ولم يوجد وكذا لو قطع يده اليسرى يقتصر له ويسقط عنه قطع اليمين لما عرف (قوله والمراد) أي المراد (بالخطأ) الذي فيه الخلاف بيننا وبين زفر (الخطأ في الاجتهاد) ومعناه ان يقطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع عيني عن اجتهاد في أن قطعها يجزئ عن قطع السرقة نظرا الى اطلاق النص وهو قوله تعالى فاقطعوا أيديهما (أما الخطأ في معرفة اليمين من الشمال لا يجعل عفوا) لانه بعيد عنهم فيه مدعيه وعلى هذا فالقطع في الموضوعين عمد وانما يكون معنى العمد حينئذ أن يتم القطع لليسار لا عن اجتهاد في اجرائها (وقيل) الخطأ في اليمين والشمال (يجعل عفوا أيضا لفرانه قطع يده معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها ولنا انه) انما أخطأ في اجتهاده وخطأ المجتهد موضوع بالاجماع وهذا موضع اجتهاد لان ظاهر النص يسوي بين اليمين واليسار (ولهما) في العمد (انه) جان حيث (قطع يده معصومة بلانا ويل تعمد الظلم فلا يعني وان كان في المجتهدات) لانه هو لم يفعل عن اجتهاد (وكان ينبغي ان يجب القود لانه سقط للشبهة) الناشئة من اطلاق النص (ولابي حنيفة رضي الله عنه انه) وان (أتلف) بلا حق ظلمالكنه (أخلف من جنسه ما هو خير له) وهي اليمين فانها لا تقطع بعد قطع اليسرى وهي خير لان قوة البطش بها تم فلا يضمن شيئا وانما قلنا انه أخلف لان اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة فأخلفها الى خلف استمررها وبقيتها بخلاف ما لو قطع رجله اليمين لانه وان امتنع به قطع يده لكن لم يعوضه من جنس ما أتلف عليه من المنفعة لان منفعة البطش ليس من جنس منفعة المشي وأما ان قطع رجله اليسرى فلم يعوض عليه شيئا أصلا وصار كالوشهدا انسان على رجل يبيع عبدا بألفين وقيمته ألف أو شهدا بمثل قيمته ثم رجعا بعد القضاء لا يضمنان شيئا (قوله وعلى هذا) أي على تعليل قول أبي حنيفة بالاخلاف بقطع بساره (غير الحداد أيضا) للاخلاف (وهو الصحيح) احتراز عما ذكره الاستيعابي في شرحه المختصر

حكم القاضي بقطع يمينه (لا يضمن) شيئا لان امتناع قطع اليمين بعد قطع اليسار لا يتفاوت بين أن يكون قاطع اليسار أمورا الحاكم أو اجنبيا غير أمور (وقوله هو الصحيح) احتراز عما ذكره في شرح الطحاوي فقال فيه ولو قطع غيره يده اليسرى فان في العمد انصاص وفي الخطأ الدية وسقط القطع عنه في اليمين لانه لو قطع أدى الى الاستهلاك ويرد السرقة ان كان قائما وعليه ضمانه في الهاتئ

(قوله بوجوب تناول البدين جميعا) أقول يعني على سبيل البدل كما في قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وأيديكم

(قوله ولو أخرج السارق يساره) ظاهر (قوله ثم في العمد عنده) أي عند أبي حنيفة رضي الله عنه (عليه) أي على السارق (ضمان المال) المسروق وإن كان هالكاً (لأنه لم يقع حداً) وإنما خص أبا حنيفة بالذكري وإن كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعاً للمأثم أن يتوهم أن قطع اليسار وقع حداً عنده حيث لم يوجب الضمان على الحد إذا زال ذلك ببيان وجوب الضمان أيضاً بأن القطع لم يقع حداً إذا قطع حداً والضمان لا يجتمعان وعدم الضمان على الحد باعتبار أنه أخلف خبراً لا باعتبار أن القطع وقع حداً وأما على مذهبهما فظاهر لا حاجة إلى ذكره لأنهما يضمنان الحد في العمد فلا يقع القطع حداً لا محالة فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حداً وقوله (وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة) أي على طريقة أن القطع لم يقع حداً لأنه إذا لم يقع حداً لم يوجد ما ينافي الضمان والمقتضى وهو الاتفاق موجود فيجب الضمان البتة (وعلى طريقة الاجتهاد) الذي قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد أن ضمان المدعى على الحد إذا بطل بطريق الاجتهاد (لا يضمن) السارق المال (٣٥٣) لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حداً لا يجتمعان قال (ولا يقطع السارق

ولو أخرج السارق يساره) وقال هذه عيني لا يضمن بالاتفاق لأنه قطع بأمره ثم في العمد عنده عليه ضمان المال لأنه لم يقع حداً وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن (ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقه) لأن الخصومة شرط ظهورها ولا فرق بين الشهادة والافرار عندنا خلافاً للشافعي في الأقرار لأن الجنابة على مال الغير لا تظهر إلا بخصومته

الطحاوي حيث قال هذا كله إذا قطع الحد بأمر السلطان ولو قطع يساره غيره ففي العمد القصاص وفي الخطأ الدية (قوله ولو أن السارق أخرج يساره وقال هذه عيني) نقطعها (لا يضمن) وإن كان عالماً بأنها يساره (بالاتفاق لأنه قطعها بأمره ثم في العمد عنده على السارق ضمان المال) إذا كان استهلكه (لأنه لم يقع حداً في الخطأ كذلك على هذه الطريقة) أعني طريقة عدم وقوعه حداً وقبل طريقة الاختلاف ولازمها عدم وقوعه حداً فكل واحد إلا أن الأول أقرب إلى اللفظ (وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن) لأنه وقع موقع الحد والقطع مع الضمان لا يجتمعان وإنما خص أبا حنيفة رضي الله عنه بلزوم الضمان على السارق في عمد القطع مع انهما أيضاً يضمنانه لأن توهم أنه لا يضمن انما ثبت على قوله لأنه لم يالم بوجوب على الحد إذا ضماً نادى توهم أنه لا يضمن السارق بناءً على أن قطع الحد وقع حداً ولذا لم يضمنه فأزال الوهم بأنه انما لم يضمنه لا خلافاً له لا لوقوعه حداً (قوله ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقه) لأن الخصومة شرط لظهور السرقه) والخصم هو المسروق منه فلا بد من حضوره وهو قول الشافعي وأحمد وقال مالك وأبو ثور لا تشترط المطالبة لعموم الآية وكافي حد الزنا وقوله (ولا فرق بين الشهادة والافرار عندنا خلافاً للشافعي في الأقرار) هو بخلاف الأصح عنده والأصح عنده أن الأقرار كالبينة يعني إذا أقر عند الحاكم إلى مرقمة مال فلان نصاباً من حرز لا شبهة فيه فإنه لا يقطع حتى يحضر فلان ويدعى وما ذكره عن الشافعي رواية عن أبي يوسف لأن خصومة العمد ليس إلا يظهر سبب القطع الذي هو حق الله تعالى وبالأقرار يظهر السبب فلا حاجة إلى حضوره والجواب أنه لم يظهر قصد بيق المقرة في المقر به فهو للمقر ظاهراً ولهذا أقرنا غائب ثم لحاضر جاز ولأن شبهة الاباحة باباحة المالك للمسلمين أو لطائفة السارق منهم ثابتة وكذا شبهة وجود أدنائه في دخوله في بيته فاعتبرت المطالبة دفعاً لهذه الشبهة بخلاف الزنا فإنه لا يباح باباحة بوجه من

الا أن يحضر المسروق منه) اختلف العلماء في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه السرقه للقطع فقال ابن أبي ليلى لا حاجة إلى ذلك وتقبل الشهادة على السرقه حسبة كلزنا لأن المستحق بكل واحد منهما خالص حق الله تعالى وقال الشافعي إن أقر السارق بالسرقه فلا حاجة إلى ذلك وإن ثبت بالبينة فلا بد من ذلك لأن الشهادة تنفي على الدعوى في الحال فإلم يحضر هو أو نائبه لا تقبل شهادته وإن غاب بعد ذلك لا يتعذر استيفاء القطع وعندنا حضوره شرط في الأقرار والشهادة جميعاً عند الأداء وعند القطع لأن الخصومة شرط لظهور السرقه اقيام احتمال رد الأقرار والأقرار له بالمالك بعد الشهادة وبه تنفي السرقه

الوجوه

وكل ما هو شرط الشيء لا يتحقق بدونه فكان انقطع قبل حضوره استيفاء الخدم مع قيام الشبهة وهو لا يجوز

وكلامه في الكتاب واضح خلافاً فيه توهم التكرار لأن معنى قوله لأن الجنابة على مال الغير لا تظهر إلا بخصومة هو معنى قوله لأن الخصومة شرط لظهورها أي لظهور السرقه وهي الجنابة ويمكن أن يدفع بأن الأول تعليل لاشتراط الحضور والثاني لعدم التفرقة بين الأقرار والشهادة وإن كانا بمعنى واحد

(قوله وإنما خص أبا حنيفة الخ) أقول قال الشيخ الإمام السعفي وتبعه السكاكي وإنما خص أبا حنيفة لما أن شبهة عدم وجوب الضمان على السارق انما ترد على مذهبه لأنه يقول بعدم وجوب الحد فيظن ظان أن القطع وقع حداً عنده فلا يضمن السارق استدلالاً بعدم وجوب الضمان اهـ وعندى أن ما ذكره السعفي أنسب بالمقام مما ذكره الشارح تبعاً للاتفاق فتأمل أنت (قوله فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان الخ) أقول فيه بحث فإن الظاهر خلاف ذلك (قوله قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد) أقول وجه التخصيص غير ظاهر فإن ذلك في طرف أبي حنيفة أيضاً

ومعنى قوله لان الاسـ ثبـتاً من القضاء في باب الحدود قد تقدم (قوله وصاحب الربا) قبل صورته رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهما وقبضه فسرق منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة ولم يذكروا العاقبة الاخرى من عاقبة الربا فكانت بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة بخلاف رب الوديعة والمغصوب منه فان الملك لهم باق (٣٥٣) (قوله وكل من له يد حافظة)

يريد متولى الوقف والاب والوصى ولو سرق سارق من أحد هؤلاء وخاصم المالك قطع وان تكن السرقة من عنده لقيام الملك (قوله الان الراهن) استثناء منقطع وقد اختلف نسخ الهداية فيه ففي بعضها الان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده وفي بعضها حال قيام الرهن بعد قضاء الدين واستصوبه السارحون نقلاً وعقلاً أما نقلاً فلانه موافق لرواية الايضاح والمحيط قال في المحيط اذا سرق الرهن من المرتن فلا مرتن أن يقطعه وليس للراهن أن يقطعه لانه لا سبيل له على أخذ الرهن قال وان قضى الراهن الدين فله أن يقطعه لانه أن يأخذ به وكذا في الايضاح وأما عقلاً فلان السارق انما يقطع يده بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين والمراد بالرهن المرهون والضمي في (بدونه) راجع الى قضاء الدين وعلى النسخة الاولى الى قيام الرهن فكان شرط جواز القطع بخصومة الراهن أمرين قيام المرهون حتى لو هلك لا سبيل للراهن عليه لبطان دينه عنه وقضاء الدين لحصول ولاية الاسترداد

وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاسـ ثبـتاً من القضاء في باب الحدود (وللمستودع والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السارق منهم) ولرب الوديعة ان يقطعه أيضاً وكذا المغصوب منه (وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقباض على سوم الشراء والمرتن وكل من له يد حافظة سوى المالك) ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء الا أن الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لاحق له في المطالبة بالعين بدونه والشافعي بناء على أصله أن لخصومة هؤلاء في الاسترداد عنده وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسـ ثبـتاً ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه

الوجوه فلم يتمكن فيه هذه الشبهة والحق أن احتمال اباحة المالك ونحوه هي الشبهة الموهومة التي سينفيم المصنف وسيوضح ذلك فالمعول عليه ما ذكرنا من أن ملك المقر فأنه ما يصدقه المقر له (قوله وكذا اذا غاب) المستورق منه (عند القطع) لا يقطع حتى يحضروه قال الشافعي وأجد خلافاً للمالك (لان الامضاء من القضاء في الحدود) على ما مر وعلى ظاهر كلام المصنف يكون التشبيه في ثبوت خلاف الشافعي لكن علمت أن الاصح أنه كقولنا ولما ثبت أن المطالبة بشرط شرع في بيان من له المطالبة فقال (وللمستودع) بفتح الدال (والغاصب وصاحب الربا) أن يقطعوا السارق منهم (أي اذا سرق الوديعة أو المال المغصوب) وأما صاحب الربا فكالمشتري عشرة بخمسة اذا قبض العشرة فسرقها سارق قطع بخصومته لان هذا المال في يده بمنزلة المغصوب اذا المشتري شرافاً سدا في يد المشتري كالمغصوب (ولرب الوديعة أن) يخاصمه و (يقطعه أيضاً) كاللودع (وكذا المغصوب منه) وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقباض على سوم الشراء والمرتن وكل من له يد حافظة) كمتولى الوقف والاب والوصى يقطع السارق ما في أيديهم من مال الوقف والبنيم بخصومتهم (و يقطع أيضاً السارق من هؤلاء بخصومة المالك) بما في أيديهم (الان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده) والصحيح من نسخ الهداية بعد قضاء الدين ويدل عليه تعليقه بقوله (لانه لاحق له في المطالبة بالعين بدونه) أي بدون قضاء الدين فليس له أن يخاصم في ردها وكذا نقل عن ابن المصنف أنه قال كان في نسخة المصنف بعد القضاء وقبل يمكن أن يكون هذا جواب القياس يعني أن للمالك أن يسترد الرهن كاللودع يسترد للحفظ فلا يكون أدنى حالاً منه وقد يقول حال قيام الرهن لانه اذا كان مستهلكاً لا يقطع الا بخصومة المرتن لان الدين سقط عن الراهن فلم يبق له حق في مطالبة بالعين لانفسه ولا للحفظ وفي غاية البيان وينبغي أن يكون للراهن ولاية القطع اذا كانت قيمة الرهن أزيد من الدين بقدر عشرة لان الزائد أمانة في يد المرتن فكان المرتن بالنسبة الى ذلك القدر كاللودع والراهن كاللودع فيقطع بخصومته (قوله فالشافعي رحمه الله بناء) أي بني عدم القطع بخصومة هؤلاء (على أصله وهو أن لخصومة لهم في الاسترداد) عند جود من في يده المال المودع كبناء غير المودع الا أن يحضر المالك لانهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم لبقاء البند فلا يملكونها لاعادة البند أولى قبل لكن المذكور في كتبهم يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتن وكذا يقول مالك وزيد المستعير أيضاً (وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه) أي في القطع

حينئذ وزفر والشافعي اتفقا في الحكم واختلفا في تخريج المناط (فالشافعي بناء على أصله أن لخصومة هؤلاء المذكورين في الاسترداد عنده) اذا جحد من في يده المال ما لم يحضر المالك واذا لم يكن لهم ولاية الاسترداد لا يلتفت الى خصومتهم (وزفر يقول ولاية الخصومة في الاسترداد ضرورة الحفظ) والتأني بالضرورة يتقدر بقدرها (فلا تظهر في حق القطع لان فيه) أي في ظهورها في حق القطع

(قوله ومعنى قوله الى قوله قد تقدم) أقول في باب الشهادة على الشهادة

(تقويت الصيانة) لان المال مضمون على السارق فلا يستوفي القطع سقط الضمان فيكون فيه تضييع لاصيانته وهم مأمورون بالحفظ والصيانة (ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها) وهذا ظاهر (و) السرقة قد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معينة (٢٥٤) مطلقا) أي غير ضرورية فالوجوب للقطع قد ظهر عند القاضي بحجة

شرعية فيرتب عليه القطع وانما قال ان الخصومة غير ضرورية (لان الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد) وهم في ذلك كالمالك لان اعتبار خصومة المالك لحاجته الى اظهار السرقة لاعادة اليد على المحل تحصيلها للاغراض المتعلقة باليد وهذا المعنى موجود في هؤلاء أما المستأجر والمستعير فلا يحتاجهما الى الانتفاع بالمحل وأما الممرن والمودع فللرد الى المالك تحصيل الصلابة عن عهدة الضمان والالتزام بالحفظ واذا ثبت ان الخصومة مطلقة اندفع ما قال زفر انها ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع وقوله (والمقصود من الخصومة) أي مقصود صاحب اليد (احياء حق المالك وسقوط الضمان بسقوط العصمة) من ضرورة القطع فكان ضمنا والضمنى غير معتبر وهذا جواب عن قول زفر لان فيه تقويت الصيانة وقوله (ولامعتبر بشبهة موهومة الاعتراض)

تقويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معينة مطلقا اذا اعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فليس توفي القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومته

(تقويت الصيانة) لسقوط الضمان به فيفوت الحفظ فيعود الامر على موضوعه بالنقض اذ تصير خصومته لاثبات الحفظ سببا لتفقيه (ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معينة مطلقا) وهذه السكينة هي مبنى الخلاف أعني كون خصومتهم معينة فأنبتها بقوله (اذا اعتبار لحاجتهم الى الاسترداد) والاحسن أن يقال لهم ولاية الحفظ وهو باليد فكان استعادتها حقها لهم كما أن ذلك للمالك بل الملك في الحقيقة لم يرد الى اليد وهذا لان ذا اليد ان كان أميناً لا يقدر على أداء الامانة الا بها وان كان غاصبا لا يقدر على اسقاط الضمان عن نفسه الا بذلك فكان خصومة في حق لهم ثم تظهر به السرقة فيجب بها القطع ولذا لا يحتاج الى اضافة المال الى المالك بل يقول سرق منى وقصد له احياء حق المالك وحق نفسه بخلاف خصومته في القصاص لا تعتبر فلا يقتض بخصومته لانه ليس فيه حقه في اعادة يده وأورد أن في صورة الافرار لا يقطع الا بحضور المالك وهو واحد من المحتجين وكذا لو أقام وكيل المالك بينة على السرقة لا يقطع بخصومته عندنا خلافا للشافعي مع ظهور السرقة بحجة شرعية فيهما وما ذاك الا لتوهم الشبهة حال غيبة المالك على ما ذكرنا قبل والتوهم موجود في هذه الصورة مع أنه يقطع أجيب بأن المستعير ومن ذكر معه أصحاب يد صحيحة وبيننا أن أهم حق الاسترداد بخصومة كل منهم باعتبار حقه بخلاف الوكيل ألا ترى أنه لا يستغنى عن اضافة الخصومة الى غيره وفي فصل الاقرار شبهة زائدة هي جواز أن يرد المالك اقراره فيبقى المال مملوكا للسارق فاستيفاء الخدم مع ذلك استيفاء مع الشبهة ثم أجاب عن قول زفر بقوله (وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء) حقا لله وان لم يزم غير مقصود ولا دائم لانه انما يثبت اذا كان المال مستهلكا فليس لازما للقطع مطلقا مع أنه مهمل في اعتبار الشرع بدليل الاجماع على أن يقطع بخصومة الاب والوصى بسرقة مال اليتيم وان لم يزمه سقوط الضمان فكان تعليل لذلك مردودا بدلالة الاجماع وقوله (ولامعتبر بشبهة موهومة) جواب عن مقدره وان يقال احتمال اقرار المالك له أي اعترافه بأنها له واذا حضر ثابت فلا يقطع مع هذه الشبهة فقال هذه شبهة يتوهم اعتراضها عند حضوره ولا عبرة بمثلها بل المعتبر شبهة ثابت توهمها في الحال لا على تقدير منتف في الحال ألا يرى أن القطع يستوفي بالاقرار وان توهم اعتراض رجوعه وكذا لو حضر المالك وغاب المستودع يقطع وان كان لو حضر المستودع قال كان ضمني أو أدنت له في الدخول في يدي ولا يخفى أن لا فرق بين هذه الشبهة والشبهة التي ذكرها بعضهم في اشتراط حضور المسروق منه للخصومة من احتمال اباحة المالك المسروق للمسلمين ونحوه فانه جاز انما اذا حضر قال كنت أبحثه للمسلمين أو لطائفة السارق منهم كما جاز أن يقر له به سرا فإذا كانت هذه شبهة موهومة لا تعتبر كذلك تلك وان اعتبر تلك بسبب قيام احتمالها في نفس الامر لا على تقدير حضوره المنتفي في الحال فهذه كذلك لان احتمال كون المالك كان أدنت له أو أنه مقر له به قائم في

جواب سؤال مقدره تقديره أن يقال ينبغي أن لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما مر في مسئلة قبيل هذا لاحتمال أنه لو حضر أقر للسارق بالمسروق وتوجيه الجواب هذه شبهة موهومة الاعتراض فلا تعتبر (كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن) فان فيه شبهة موهومة أيضا وهو ان يحضر المؤتمن ويقول انه كان ضيفا عندى في الوقت الذي سرق ذلك ومع ذلك لم يشترط حضور المؤتمن بل يقطع بخصومة المالك

(في ظاهر الرواية) وقد بظاهر الرواية احترازاً عن رواية ابن سماعة عن محمد بن مالك ليس له ان يقطع حال غيبة المودع لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من الذي كان عنده فلم يجز أن يطالب بذلك غيره فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا أقر السارق بالسرقة في غيبة المالك حيث لا يقطع ما لم يحضر مع أن العلة المذكورة وهو قوله ان السرقة موجبة لقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بجملة شرعية وهي الاقرار بوجوده وشبهة الاذن بالدخول في الخزانة والافراق بالمسروق للسارق موهومة الاعتراض ومع ذلك لا يقطع أوجب بأن الفرق من حيث ان ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة (٢٥٥) عقيب خصومة معتبرة فلم تؤثر

الشبهة في دفع العلة عن مقتضاها لقوتها بخلاف صورة الاقرار فانها تكن كذلك قال (وان قطع سارق بسرقة) المسروق اذا سرق من السارق فاما ان يكون قبل ان قطع يده أو بعده فان كان الثاني لم يكن له أي للسارق ولا للمالك ان يقطع يد السارق الثاني أما السارق فلو جهن أحدهما (ان المال غير متقوم في حقه حتى لا يجب الضمان بالهالك فلم تنعقد موجبة في نفسها) والثاني ان يده لم تبقى من الايدي التي ذكرناها من ملك وضمنان ووديمة وخصومة من هذه صفته لا تعتبر في القطع وأما المالك فالوجه الأول وقوله (وللأول) أي السارق الأول (ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية حاجته اذا رد واجب عليه) وليس له ذلك في رواية أخرى لان يده ليست بصحة ليكون اليد الصالحة عبارة عن أن تكون يده ملك أو ضمان أو أمانة ولم يوجد ذلك وان

في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الخزانة (وان قطع سارق بسرقة فسرق منه لم يكن له ولا لب السرقة أن يقطع السارق الثاني) لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهالك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللأول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية حاجته اذا رد واجب عليه (ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول أو بعد ما درى الحد بشبهة يقطع بخصومة الأول) لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالمغصب (ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع)

الحال وقوله (في ظاهر الرواية) احترازاً عن رواية ابن سماعة عن محمد بن مالك ليس له ان يقطع حال غيبة المستودع (قوله) وان قطع سارق بسرقة فسرق منه لم يكن له ولا لب المال أن يقطع السارق الثاني) وبه قال أحمد والشافعي في قول وقال مالك والشافعي في قول يقطع بخصومة المالك لانه سرق نصيباً من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخصومة مالكة سواء قطع السارق الأول أو لا ولنا أن المال للمالك يجب على السارق ضمانه كان ساقط التقوم في حقه وكذا في حق المالك لعدم وجوب الضمان له في يد السارق الأول ليست بد ضمان ولا بامانة ولا يده لا فكان المسروق مالا غير معصوم فلا قطع فيه وروى في فوائد هشام عن محمد بن قطعت الأول لم أقطع الثاني وإن درأت القطع عن الأول لشبهة قطعت الثاني ومثله في الاملاء لابي يوسف وأطلق الكرخي والطحاوي عدم قطع السارق من السارق وهو قول أحمد لان يده ليست بد أمانة ولا يده ملك فكان ضائعاً ولا قطع في أخذ مال ضائع قلنا بئني أن يكون يد غصب والسارق منه يقطع فالحق التفصيل المذكور (وللأول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية حاجته اذا رد واجب عليه) وفي رواية أخرى ليس له ذلك لان يده ليست بد ضمان ولا أمانة ولا ملك والرد منه ليس بأولى منه الى المالك والوجه انه اذا ظهر هذا الحال عند القاضي لا يرد الى الأول ولا الى الثاني اذا رده لظهور رعيانة كل منهما بل يرد من يد الثاني الى المالك ان كان حاضراً والا حفظه كما يحفظ أموال الغيب (ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول أو بعد ما درى عنه القطع بشبهة يقطع بخصومة الأول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار) يد (ك) يد (المغصب) (قوله) ومن سرق سرقة فردها الى المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن أبي يوسف انه يقطع اعتباراً بما اذا ردها بعد المرافعة وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة التي هي الموجب للقطع فكانت شرطاً في القطع والخصومة لا تحقق بعد الرد لانها أعني الخصومة الموجبة لانتم الاقامة البينة وهي (انما جعلت حجة لقطع المنازعة وقد انقطعت) المنازعة بالرد (بخلاف ما بعد المرافعة) أي بخلاف ما لو ردها بعد المرافعة وسماع البينة والقضاء فانه يقطع وكذا بعد سماعها قبل القضاء احتسبنا ان الظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة واذا رد المال للخصومة حصل مقصودها وبمحصل المقصود من الشيء ينتهي وبالاتهاء يتقرر في نفسه فكانت الخصومة قاعة لقيام يده على المال فيقطع بعد رده ولا فرق في عدم

كان الأول يقطع بخصومة الأول لان سقوط التقوم كان ضرورة القطع وكذا خروج يده عن كونها يد ضمان كان لذلك وقد انتفى ذلك فصار كالمغصب والدره بالشبهة لعدم القطع ههنا ولهذا قرن المصنف بينهما (ومن سرق سرقة فردها على المالك) فاما ان يردّها (قبل الارتفاع الى الحاكم) أو بعده فان كان الأول لم يقطع في ظاهر الرواية

(قوله) أوجب بان الفرق من حيث ان ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة) أقول قد مر في ظهر هذه الحقيقة ان الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال الرد الاقرار والافراق به بالملك بعد أداء الشهادة فتأمل هل يتدفع ذلك الاحتمال ان دون أن يحضر المالك

(وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة) بجامع أن القطع حق الله فلا يحتاج فيه إلى الخصومة فكان ما قبل الارتفاع وما بعده سواء (وجه ظاهر الرواية أن الخصومة شرط لظهور السرقة لأن البينة إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة) يعني أن السرقة تظهر بالبينة والبينة حجة ضرورة قطع الخصومة وقطع الخصومة بدونها غير متصور فثبت أن الخصومة شرط لظهور السرقة (والخصومة قد انقطعت) بالرد إلى المالك فشرط ظهور السرقة قد انقطع وإذا انقطع شرط ظهورها انقطع ظهورها ولا قطع بدون ظهورها وإن كان الثاني قطع لأن الشرط لم ينقطع بل انتهى بمحصول المقصود منه وهو استرداد المال إلى المالك والشئ يتقرر بانتهائه لأنه بطل كالسكاح يتقرر بالموت لأنه يطل لكنها أعني الخصومة تجعل باقية تقديرا لاستيفاء القطع والرد إلى ابن المسروق منه وإلى أخيه وعه وخاله وهم (٢٥٦) في عياله وكذا إلى امرأته أو أجنبي مشاهرة أو عبده وكذا الرد إلى أبيه وأمه

أوجدته سواء كانوا في عياله أو لم يكونوا كل رد إلى نفسه استحيانا (وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فهو به المالك) وسلمه إياه (أو باعه إياه بقطع) وانما نفي المصنف كلام الجامع الصغير بقوله معناه إذا سلمت لأن الهبة إذا لم تنصل بالتسليم والقبض لا تثبت الملك (وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن أبي يوسف قالوا لأن السرقة قد غتت انعقادا) بانخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه انوضع المسألة في ذلك (وظهورا) لأن الفرض أنه قضى عليه بالقطع ولا يكون ذلك إلا بعد ظهورها (وبهذا العارض) يعني ثبوت الملك للسارق بسبب الهبة أو البيع (لم يتبين قيام الملك وقت السرقة)

وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة لأن البينة إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فبقى تقديرا (وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فهو به المالك) معناه إذا سلمت إليه (وكذلك إذا باعها المالك إياه) وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لأن السرقة قد غتت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا أن الامضاء من القضاء في هذا الباب

القطع بين أن يرد قبل الخصومة إلى يد المالك أو يد أبيه وأمه أو جده أو جدته وإن لم يكونوا في عياله ولذا يبرأ المستعير والمودع بالرد إليهم لأن لهم شبهة ملك في ماله فالرد إليهم رد إليه حكما وذلك كاف في الرد إليه بخلاف ما لو رد إلى ابنه وذوي رجه المحرمة كأخيه وعه وخاله إن كانوا في عياله يبرأ فلا يقطع كما لو رده إلى زوجته أو عبده أو مكاتبه أو أجنبي مشاهرة وهو الذي يسمى غلامه أو مسانئة يبرأ في هؤلاء كلهم فلا يقطع ولو سرق من المكاتب ورده إلى سيده أو من العيال ورده إلى من يعولهم أي سرق من شخص ورده إلى من يعول المسروق منه يبرأ ولا يقطع ويبرأ المستعير والمودع برد الودعة إلى من يعول المودع وأما الغاصب فلا يبرأ بالرد إلى الأب والأم ولا إلى ولده وأما ربه المحرمة الذين في عياله ولا إلى الزوجة ومن ذكرنا معها (قوله) وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فهو به المالك) وسلمها إليه أو باعها منه (لا يقطع وقال زفر والشافعي) وأحمد ومالك (يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لأن السرقة قد غتت انعقادا) بفعلها بلا شبهة (وظهورا) عند الحاكم وقضى عليه بالقطع ولا شبهة في السرقة إلا لو صح اعتبار عارض الملك المتأخر متقدما لثبوت اعتباره (وقت السرقة) ولا موجب لذلك فلا يصح (فلا شبهة) في قطع وعما ينفي صحة ذلك الاعتبار ما في حديث صفوان أنه قال بإرسول الله لم أرد هذا رداني عليه صدقة فقال عليه الصلاة والسلام فهل أقبل أن تأتيني به رواه أبو داود وابن ماجه زاد النسائي في روايته فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا بخلاف ما لو أقر له بالسرقة بعد القضاء فإنه لا يقطع لأن بالإقرار يظهر الملك السابق فينتفي القطع (قوله) ولنا أن الامضاء يعني استيفاء الحد بالفعل (من القضاء في باب الحدود) فما قبل الاستيفاء كما قبل القضاء ولو ملكه قبل القضاء لا يقطع فكذلك قبل الاستيفاء والشأن في بيان أن الاستيفاء من القضاء وهو القضاء في هذا الباب (م) وقد بيناه في حد الزنا إلا أن المصنف لما كان هذا

لأن ثبوت الملك بهما إنما يكون على وجه الاقتصار على وقت ثبوت الهبة والبيع وهذا احتراز عما إذا أقر به المسروق منه السارق فإن الإقرار يظهر ما كان ثابتا لأقر له من الملك فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة فيكون شبهة (ولنا أن الامضاء من القضاء) يعني أن استيفاء الحد من تمة قول القاضي حكمت أو قضيت بالقطع أو بالرجم أو بالحد (في هذا الباب) يعني باب الحدود

قال المصنف (انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة) أقول فإن قيل إن أريد أن يبرأ من جحدته لتمام الضرورة في حقوق العباد فسلم ولا يفيد لأن القطع من حقوق الله وإن أريد في جميع الحقوق فغير مسلم وهو ظاهر قلنا المراد هو الأول لكن ثبوت حق الله هنا يكون في ضمن حق العبد في المسروق ولهذا الوشهد شاهدان على رجل بالسرقة والمشهود له ينكر السرقة لا يقطع السارق صرح به الزيلعي فتأمل

(لوقوع الاستغناء عنه) أي عن القضاء (بالاستيفاء) يعني أن القضاء في هذا الباب لا يغني غناه أي لا يفيد فائدة إلا بالاستيفاء (لأن القضاء لا يظهر) ولا يظهرها (لأن القطع حق الله وهو ظاهر ع. د. هـ) فلو لم يجز الاستيفاء قضاء في هذا الباب لعري عن الفائدة بالكلية وهو باطل بخلاف حقوق العباد فان القضاء فيها يفيد إظهار الحق للطالب على المطلوب فلا حاجة إلى جعل الامضاء من ثمة القضاء وهذا فقه تفويض استيفاء الحدود إلى الأئمة دون سائر الحقوق (وإذا كان كذلك) أي إذا كان الامضاء من القضاء (بشروط قيام الخصومة عند الاستيفاء) كما يشترط وقت ابتداء القاضي القضاء وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة وهذا لأن ما يكون شرطاً لوجوب القضاء يراعى وجوده إلى وقت الاستيفاء لأن المعترض قبل الاستيفاء كالمقترن بأصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود فان الحدود لا تستوفي إذا كانت الشهود على هذه الأوصاف وقت الاستيفاء بالاجماع (٣٥٧) ذكره في الاسرار (وقوله وصار كما إذا ملكها قبل القضاء) يعني صار الملك

الحادث بعد القضاء قبل الاستيفاء كملك الحادث قبل القضاء لأنه لم يمس فكا أنه لم يقض ولقائل أن يقول جعلتم الخصومة باقية تقديراً في صورة رد المسروق بعد المرافعة قبل الاستيفاء ولم يكن الاستيفاء ثمة من القضاء حتى أوجبتم القطع وههنا جعلتم الاستيفاء من القضاء في باب الحد وجعلتم البيع والهبة دافعاً لوجوب الحد وما ذلك إلا تناقض صرف والجواب أن الاستيفاء من القضاء في باب الحد ومطلقاً لكن في صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالأخذ وههنا حدث بينهما تصرف موضوع لفائدة الملك وكان شبهة في رد الحد قال (وكذلك إذا نقصت قيمتها من النصاب) هذا معطوف على قوله فوهبت له وقوله (يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء)

لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء إذا القضاء لا يظهر والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر ع. د. هـ وإذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء قال (وكذا إذا نقصت قيمتها من النصاب) يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي اعتباراً بالنقصان في العين ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطاً يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لأنه مضمون عليه فكل النصاب عيناً وديناً كما إذا استهلك كله أمان نقصان السعر فغير مضمون فافترقا

هذان من مقدمات دليله ولم يبينه هو من قبل بينه بقوله (لوقوع الاستغناء عنه) أي عن القضاء (بالاستيفاء) حتى لو لم يقض بعد تعديل البيئة باللفظ بل أمر بالاستيفاء أو استوفى هو الحد بنفسه سقط عنه القضاء وهذا لأن المقصود من القضاء باللفظ ليس إظهار الحق للسلطان والمستحق هنا هو الله عز وجل والحق ظاهر عنده غير مفتقر إلى الإظهار فلا حاجة إلى القضاء لفظاً بل ولا يفيد سقوط الواجب عنه إلا بالاستيفاء (وإذا كان كذلك) والخصومة شرط (بشروط قيامها عند الاستيفاء) كما عند القضاء وهي منتفية بالهبة بخلاف رد المال المسروق بعد القضاء بالقطع لأن به تنتهي الخصومة والشئ بانتهائه بتقرر فتكون الخصومة بعده متفرقة بقطع وأما الحديث ففي رواية كما ذكر وفي رواية الحاكم في المستدرک قال أنا أبيه وأنسبه عنه وسكت عليه وفي كثير من الروايات لم يذكر ذلك بل قوله ما كنت أريد هذا وقوله أيقطع رجل من العرب في ثلاثين درهماً ولم يثبت أنه سلمه إليه في الهبة ثم الواقعة واحدة فكان في هذه الزيادة اضطراب والاضطراب موجب للضعف ويحتمل كون قوله هو صدقة عليه كان بعد الدفع إليه وفي ذلك لا يكون ملكاً قبل القبض (قوله وكذلك إذا نقصت قيمتها) أي قيمة السرقة أي العين المسروقة بعد القضاء قبل الاستيفاء عن العشرة لا يقطع في ظاهر المذهب (وعن محمد يقطع وهو قول زفر) وباقي الأئمة الثلاثة (اعتباراً بالنقصان في العين) فإنه إذا كانت ذات العين ناقصة وقت الاستيفاء والباقي منها لا يساوي عشرة يقطع بالاتفاق فكذا إذا كانت قيمتها وقت الاستيفاء كذلك (ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطاً يشترط كماله عند الامضاء لما ذكرنا) أنه من القضاء وهو منتف في نقصان القيمة (بخلاف نقصان العين لأن ما استهلكه مضمون عليه) فكان الثابت عند القطع نصاباً كاملاً ببعضه دين وبعضه عين بخلاف نقصان السعر فإنه لا يضمنه لأنه يكون لفتور الرغبات وإذا لا يكون مضموناً على أحد فلم تكن العين قائمة حقيقة ومعنى فلم يقطع كذا في النهاية وصار كالمالك السارق استهلكه

(٣٣ - فتح القدير رابع) بيان لذلك لأن الكلام في المعطوف عليه كان على ذلك التقدير وقوله (اعتباراً بالنقصان في العين) يعني بأن هلك درهم من العشرة أو استهلكه وهذا بناء على أن المعترض في قيمة المسروق أن يكون يوم السرقة ويوم القطع عشرة دراهم فان نقص عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع عن الاستيفاء بالاتفاق وان كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عند محمد في غير ظاهر الرواية اعتباراً بالاول بجماع وجود سرقة النصاب فيهما ووجه الظاهر (أن كمال النصاب لما كان شرطاً) في الابتداء (بشروط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا) أن الامضاء من القضاء والفرق بينه وبين النقصان في العين (أن النقصان في العين مضمون عليه) أي على السارق والضمان قائم مقام المضمون فكان النصاب كاملاً عيناً وقت الأخذ وديناً وقت الاستيفاء (كما إذا استهلك كله أمان نقصان السعر فغير مضمون) فكان النصاب ناقصاً عند القطع فصار شبهة

فأقرقا (واذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقيم اليقينة) وفسره المصنف بقوله (معناه بعدما شهد الشاهدان بالسرقة) وانما فسر بذلك احترازا عما اذا فعل ذلك بعدما اقرار بالسرقة فإنه يسقط القطع بالاتفاق (وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لافضائه الى سد باب الحد حيث لا يجز سارق عن ذلك ولنا ان الشبهة دائرية و) الشبهة (تتحقق بمجرد الدعوى) لا احتمال الصدق (ولا معتبرا قال) انه لا يجز عنه سارق (بدليل أن الرجوع عن الاقرار بالسرقة صحيح) وما من مقر الا ويمكن من الرجوع وكان ذلك معتبرا في ابراث الشبهة (٢٥٨) فكذا هذا وفيه نظر لان الاقرار بحجة قاصرة واليقينة بحجة كاملة لما عرف ولا يلزم

أن يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة مورثا لها في الكاملة والجواب أن الكمال والقصور انما هو بالنسبة الى التعدي الى الغير وعدمه وليس كلاما فيه وأما بالنسبة الى المقر فهما سواء (قوله واذا أقر الرجلان بسرقة) مبنيا على صحة الرجوع وقوله (لان الرجوع عام في حق الراجع) يعني لعدم المكذب (ومورث الشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقراره - ما على الشركة) فيكون فعلا واحدا (قوله لانه لو حضر رعا يدعي الشبهة) يعني وهي دائرة للحد عن نفسه وعن الحاضر فالو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة وهو لا يجوز (وجه القول الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب لان القضاء على الغائب لا يجوز وكان الغائب في هذه الشهادة كله معدوم والمعدوم لا يورث الشبهة) في حق الموجود وهذا لأن الشبهة هي المحققة الموجودة لا الموهومة (على مامر) يريد قوله ولا معتبرا بشبهة موهومة الاعتراض قال (واذا أقر

(واذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقيم يقينة) معناه بعدما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا أن الشبهة دائرية وتحقق بمجرد الدعوى لا احتمال ولا معتبرا قال بدليل صحة الرجوع بعدما اقرار (واذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا) لان الرجوع عام في حق الراجع ومورث الشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة (فان سرقا ثم غاب أحدهما - ما شهد الشاهدان على سرقة - ما قطع الآخر في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما) وكان يقول أولا لا يقطع لانه لو حضر رعا يدعي الشبهة وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا معتبرا بتوهم حدوث الشبهة على مامر (واذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع وترد السرقة الى الموقوف منه)

كأنه يقطع به لقيامه بذلك ثم يسقط ضمانه (قوله واذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقيم يقينة) قال المصنف (معناه بعدما شهد عليه الشاهدان بالسرقة) وانما فسر به ليجز ما اذا أقر بالسرقة ثم رجع فقال لم أسرق بل هو ملكي فانه لا يقطع بالاجماع ولكن يلزمه المال (وقال الشافعي لا يسقط بمجرد دعواه) وهو أحد الوجهين كذا ذكره بعض أصحابه وهو رواية عن أحمد لان سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدي الى سد باب الحد اذا لا يجز سارق عن هذا ونقل عنه أنه لا يقطع قيل هو نص الشافعي وعن أحمد روايته أنه ان كان معروفا بالسرقة قطع لانه يعلم كذبه بدلالة الحال قال ابن قدامة وأولى الروايات انه لا يقطع بكل حال لان الحد يدبر بالشبهات وهي احتمال صدقه قال المصنف (ولا معتبرا قال) من انه يقضي الى سد باب الحد (بدليل صحة الرجوع بعدما اقرار) اجماعا والسارق لا يجز عن ذلك مع انه يعتبر رجوعه شبهة دائرية اذا رجع على انه ممنوع فان يعلم هذا من السارق أقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسرفون غالبا (قوله واذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عام في حق الراجع منهما ويورث الشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة) فتتحد فتعمل الشبهة فيهما (قوله فان سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقة ما قطع الآخر) الحاضر منهما (في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما) وقول الاثني الثلاثة (وكان يقول أولا لا يقطع لانه ان حضر) الغائب (رعا يدعي شبهة) والسرقة واحدة فتعمل في حقهما (وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما) فانما عملت الشهادة في حق الحاضر فقط (ولا معتبرا بتوهم حدوث شبهة على مامر) في خلافة زفر في القطع بخصوصية الغاصب والمودع ثم لو حضر الغائب لا يقطع الا أن تعاد تلك اليقينة عليه أو تثبت يقينة أخرى وكذا اذا أقر بسرقة مع فلان الغائب لا يقطع في قوله الاول ويقطع في قوله الآخر وهو قول باقي الأئمة (قوله واذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها) حاصل وجوه هذه المسئلة أربعة لان العبد المقر بالسرقة إما ما ذون

العبد المحجور عليه بسرقة مال) اذا أقر العبد بسرقة فاما ان يكون ما ذون له أو محجورا عليه وكل منهما على وجهين اما أن يكون المال قائما بعينه أو مستهلكا وكل من ذلك على وجهين اما ان كذبه المولى أو صدقه فان صدقه يقطع في الفصول كلها الوجود المقتضى وانتفاء المانع وان كذبه وهو ما ذون له قطعت يده عند العلماء الثلاثة سواء كان الاقرار بمال قائم أو مستهلك ورد القائم على الموقوف منه

قال المصنف (بدليل صحة الرجوع بعدما اقرار) أقول يفهم مما ذكره ههنا أن صحة الرجوع بعدما اقرار في الحد ومتفق عليه يتناولين الشافعي وقد صرح بخلافه في أوائل كتاب الحدود لكن التعويل على ما يفهم هنا وهو المصريح به في كتبهم

وان كان محجورا عليه فان اقر بمال مستهلك قطع يده عند الثلاثة وان اقر بمال قائم بعينه في يده قال أبو حنيفة تقطع يده ويرد المال الى الميسروق منه وقال أبو يوسف تقطع يده والمال للمولى وقال محمد لا تقطع يده والمال للمولى حتى عن الطحاوي انه قال سمعت أستاذي ابن أبي عمران يقول الاقوال الثلاثة كلها عن أبي حنيفة فقوله الاول أخذه محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف فأخذه أبو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه وأصل ذلك ان القطع أصل أو المال قال أبو حنيفة القطع (٣٥٩) أصل والمال تابع بدليل أنه يبطل

بالتقدم وبدليل انه لو قال أبني

المال ولا أبني القطع لم يسقط

القطع وقال أبو يوسف كل

منهم أصل أما أصالة القطع

فما قالوا في الحر اذا اقر وقال

سرق هذا المال من زيد وهو

في يد عمرو وكذبه عمرو يصح

اقراره في حق القطع دون المال

وأما أصالة المال فلا نه اذا سرق

مادون العشرة لا يقطع

والخصومة شرط ولولا أن

المال أصل لوجب القطع

بدونها لانه محض حق الله

تعالى وهو يستوفي بلا طلب

وقال محمد المال أصل والقطع

تابع ووجهه وجه أبي يوسف

في أصالة المال واذا ثبت هذا

ظهر ما في الكتاب سوى

ألفاظ نيينها فـ (في

الوجهين) يعني فيما اذا كان

المال قائما بعينه أو مستهلكا

وقوله (في الوجوه كلها) أي

فيما اذا كان العبد محجورا

عليه أو مأذونا له وفيما اذا كان

المال قائما بعينه أو مستهلكا

وقوله (لانه يرد على نفسه)

يعني فيما اذا اقر بقتل الغير

عما (أو طرفه) يعني فيما اذا

اقر بالسرقة وقوله (يؤخذ

بالضمان) يعني في المستهلك

وقوله (والمال) يعني اذا كان قائما في يده وقوله (من حيث انه آدمي) يشير الى أن وجوب الحد باعتبار أنه آدمي مخاطب لا باعتبار أنه

مال مملوك والعبد في ذلك كالحرف اقراره فيما يرجع الى استحقاق الحر كقرار الحر ولهذا لا يملك المولى الاقرار عليه بذلك وما لا يملك المولى

الاقرار به على عبده فالعبد فيه ينزل منزلة الحر كالطلاق وقوله (ثم يتعدى الى المسالبة فيصح من حيث انه مال) يعني لما صح اقراره

من حيث انه آدمي يصح من حيث انه مال أيضا بالسراية اليها لان آدميته لا تنفك عن ماليته

(قوله بدليل انه يبطل بالتقدم) أقول فيه بحث (قوله وبدليل انه لو قال أبني المال الخ) أقول فيه بحث قال المصنف (ومعناه)

أقول قال الانقائي أي معنى الاختلاف اه وفيه تأمل

وهذا عند أبي حنيفة رجه الله وقال أبو يوسف يقطع والعشرة للمولى وقال محمد لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر ومعناه اذا كذب المولى (ولو اقر بسرقة مال مستهلك قطع يده ولو كان العبد مأذونا له يقطع في الوجهين) وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها لان الأصل عنده أن اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا أن المأذون له يؤخذ بالضمان والمال لصحة اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال أيضا ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المسالبة فيصح من حيث انه مال ولا نه لانه لا تهمة في هذا الاقرار

له أو محجور عليه وفي كل منهما إيمان أن يقر بسرقة مستهلكة أو قاتمة فالمأذون له اذا اقر بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة ولا ضمان مع القطع وقال زفر لا يقطع ولكن يضمن المال وان اقر بسرقة قاتمة قطع عند الثلاثة وهذا قول المصنف (ولو كان مأذونا قطع في الوجهين) ويرد المال للقر له سواء صدقه المولى أو كذبه وقال زفر لا يقطع ولكن يرد المال وان كان العبد محجورا فان اقر بسرقة هالكة قطع يده عند الثلاثة وقال زفر لا يقطع وان اقر بسرقة قاتمة فقال زفر لا يقطع فظهر أن قول زفر لا يقطع في شيء وهو ما ذكره المصنف بقوله (وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها) أي فيما اذا كان العبد محجورا والاقرار بهالكة أو قاتمة أو مأذونا والاقرار بهالكة أو قاتمة واختلف علماءنا الثلاثة في هذا أعني اقرار المحجور بقاتمة في يده فقال أبو حنيفة يقطع وترد لمن اقر له بسرقة هالكة وقال أبو يوسف يقطع والسرقة لمولاه وقال محمد لا يقطع والسرقة لمولاه ويضمن مثله أو قيمته بعد العتق للقر له وقال الطحاوي سمعت أستاذي ابن أبي عمران يقول الاقوال الثلاثة كلها عن أبي حنيفة فقوله الاول أخذه محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه فهو نظير مسألة الجلان في الزكاة ومعنى المسئلة اذا كذب المولى في اقراره وقال المال مالي أما اذا صدقه فلا إشكال في القطع ورد المال للقر له بهاته اقا هذا كله اذا كان العبد كبيرا وقت الاقرار فان كان صغيرا فلا قطع عليه أصلا وهو ظاهر غير أنه ان كان مأذونا برد المال الى الميسروق منه ان كان قائما وان كان هالكا يضمن وان كان محجورا فان صدقه المولى برد المال الى الميسروق منه ان كان قائما ولا ضمان عليه ان كان هالكا ولا بعد العتق وقدم المصنف الكلام مع زفر فقال (ان الأصل عنده أن اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لان اقراره بها) (يرد) (أثره) (على نفسه أو طرفه) بالاتلاف (وكل ذلك مال المولى) فالقرار به اقرار على مال الغير (والاقرار على الغير غير مقبول الا أن المأذون له) لما تضمن اقراره الاقرار بالمال والطرف وبطل في الطرف (يؤخذ) بالمال (بضمائه) ان كان هالكا ويرده ان كان قائما (لصحة اقراره بالمال لكونه مسلطا على الاقرار به من جهة المولى) حيث أذن له في المعاملات (ونحن نقول الاقرار بهالكة صح لان أثر الاقرار به يرجع اليه من حيث هو آدمي) لامن حيث هو مال وما كان كذلك كان داخلا تحت ملكه ألا يرى أن المولى لا يملكه عليه وما لا يملكه المولى عليه كان مبقيا فيه على أصل آدميته فملكه هو كالطلاق (ولا نه لانه لا تهمة في هذا الاقرار) لبطل في حق السيد لان ضرره الرجوع اليه به فوق

وقوله (والمال) يعني اذا كان قائما في يده وقوله (من حيث انه آدمي) يشير الى أن وجوب الحد باعتبار أنه آدمي مخاطب لا باعتبار أنه مال مملوك والعبد في ذلك كالحرف اقراره فيما يرجع الى استحقاق الحر كقرار الحر ولهذا لا يملك المولى الاقرار عليه بذلك وما لا يملك المولى الاقرار به على عبده فالعبد فيه ينزل منزلة الحر كالطلاق وقوله (ثم يتعدى الى المسالبة فيصح من حيث انه مال) يعني لما صح اقراره من حيث انه آدمي يصح من حيث انه مال أيضا بالسراية اليها لان آدميته لا تنفك عن ماليته

(قوله بدليل انه يبطل بالتقدم) أقول فيه بحث (قوله وبدليل انه لو قال أبني المال الخ) أقول فيه بحث قال المصنف (ومعناه) أقول قال الانقائي أي معنى الاختلاف اه وفيه تأمل

وقوله (لما يشتمل عليه) أى على العبد (من الاضرار) لان ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحق المولى (ومثله مقبول على الغير) أى ومثل ما كان ضررا لا قسرا فيه ساريا الى المقر والى الغير يسمع على الغير أيضا بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب في ذلك الاقرار كما اذا شهد الواحد عند الامام برؤية هلال رمضان وفي السماء علة يقبل الامام شهادته وان لم يقبلها في سائر المواضع لعدم التهمة حيث يلزمه الصوم كما يلزم غيره وكذلك الحر المدينون المفلس اذا أقر بالقتل العمد فانه يقتض من بالاجماع وان كان فيه ابطال ديون (٣٦٠) الغرماء وقوله (ولا قطع على العبد في سرقة) أى في سرقة مال مولا وقوله

لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير محمد في المحجور عليه أن اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه الاقرار بالغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد في سرقة مال المولى يؤيده أن المال أصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونة وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الأصل بطل في التبعية بخلاف المأذون لان اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعاً ولا ييوسف أنه أقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر الثوب الذي في يدي سرقة من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وان كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولا يي حنيفة أن الاقرار بالقطع قد صح منه لما ينشأ فيصح بالمال بناء عليه

ضرر الرافع به الى المولى لانه يفوت عليه نفسه أو طرفه وما كان كذلك ينفذ على الغير كما اذا شهد العبد العدل برؤية هلال رمضان وبالسما علة فانه يقبل حتى يلزم جميع الناس صومه لان ما يلزمهم من ذلك فرع لزومه منه فنفذ في حقهم به بالنفاذ عليه وكذا لو أقر المفلس بعد القتل يقتل اجماعا وان كان فيه ابطال ديون الناس و (محمد في المحجور عليه أن اقراره بالمال باطل) ولذا لا يصح اقراره بالغصب فيبقى ما في يده مال المولى اذا الفرض تكذيب المولى له في اقراره فقد أقر بسرقة مال المولى وبسرقة مال المولى لا يقطع وبهذا القدر يتم الوجه وقوله به يديه الخ زيادة توكيد أى يؤكده ما ذكرنا من عدم القطع (أن المال) في لزوم القطع (أصل والقطع تابع) والتابع من حيث هو لا يتحقق دون منبوعه فثبت لم يجب المال لا غير لا يجب القطع وبيان أن المال أصل أن الخصومة تسمع في السرقة في حق المال حتى لو قال أريد المال فقط سمعت ولا يسقط القطع (و) لذا (يثبت المال) في دعوى السرقة بلا قطع فيما لو ادعاه أو أقام رجلا وامرأتين شهدوا به فانه يقضى بالمال (دون القطع) وكذا اذا أقر بالسرقة ثم رجع يلزمه المال ولا قطع (وفي عكسه لا تسمع) حتى لو قال المسروق منه أريد بالقطع دون المال لا تسمع خصومته فائما يصح في حق القطع تبعاً للمال وقد انتفى المال بما قلنا فانتفى القطع (ولا ييوسف انه أقر بشيئين) أى أقر بما يوجب شيئين (القطع وهو) اقرار (على نفسه) فيقطع (على ما ذكرنا) مع زفر من وجه صحة اقراره بالحدود والقصاص (والمال وهو) اقرار (على المولى) وهو يكذبه (فلا يصح في حق المولى والقطع يستحق بدون المال) كما اذا أقر بسرقة مسهلكة فانه يقطع ولا يلزمه المال (وكما لو قال حر هذا الثوب الذي في يدي سرقة من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع) ولا يزرع الثوب من زيد الى عمرو فيقطع والمال للمولى (ولا يي حنيفة ان الاقرار في حق القطع قد صح منه لما ينشأ) في الكلام مع زفر من انه أدى الى آخره ويلزمه صحته بالمال أنه لغير المولى لاستحالة أن يجب القطع شرعا بمال مسروق للمولى والحاصل انه اذا صح الاقرار بالحد ثبت حكمه وهو القطع وهو ملزم بحكم الشرع

(يؤيده أن المال أصل فيها) إشارة الى ما هو لنا من الأصل وقوله (حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع) مثل أن يقول أطلب منه المال دون القطع (ويثبت المال دونة) كما اذا شهد رجل وامرأتان أو أقر بالسرقة ثم رجع فانه يضم من المال ولا يقطع (وفي عكسه) بأن قال أطلب القطع دون المال (لا تسمع) الخصومة (ولا يثبت) القطع دون المال وقوله (فلا يصح في حقه فيه) أى فلا يصح اقرار العبد في حق المولى في المال وقوله (والقطع يستحق بدونه) أى بدون المال لان أحد الحكمين ينفصل عن الآخر ألا ترى أنه قد ثبت المال دون القطع كما اذا شهد به رجل وامرأتان وكذا يجوز أن يثبت القطع دون المال كما اذا أقر بسرقة مال مسهلكت قوله (لما ينشأ)

يكون

إشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه أدى وقوله (فيصح بالمال بناء عليه) أى لما صح اقراره بالقطع باعتبار أنه أدى مكلف صح اقراره بالمال أنه لغير المولى بناء على صحة اقراره بالقطع لما شهدناه من أصله

(قوله حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع) أقول أى بدون الخصومة في القطع وان لم يسقط القطع كما مر

وقوله (لان الاقرار يلاقي حالة البقاء) يريد أن الاقرار بالشئ اظهر أمر قد كان فلا بد من وجود الخبر به سابقا على الاخبار وقوله (حتى تسقط) بالرفع لان حتى بمعنى الفاء قوله (باعتباره) أي باعتبار القطع لما يجي من أصلنا أن القطع لا يجتمع مع الضمان ثم سقوط العصمة والتقوم في حق السارق يدل على أن المال تابع لانه لو كان أصلا لما تغير حاله من التقوم الى غيره لان مقصوديته انما تكون بالتقوم وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاك المال يدل على ذلك اذ لا وجود للتابع مع عدم (٣٦١) وجود الاصل وقوله (بخلاف مسألة

(الحر) جواب عما استشهد به أبو يوسف بقوله اذا قال الحر الثوب الذي في يدي الخ وبيانه أن الحر لما لم يسمع قوله سرقة من عمرو في حق الرد الى عمرو ولا يلزمه عدم القطع بل يقطع لانه يجعل المقر له وهو عمرو بمنزلة المودع فلا يوجب رد المال اليه لما مر أن السارق اذا سرق المال من المودع بقطع بخصوصه وان لم يرد اليه المال وأما ما عينا لم يرد المال الى المورق منه لزم أن يكون ذلك المال مال المولى حينئذ لا يجب القطع لان العبد اذا سرق مال المولى لا تقطع يده ثم اتفق أبو حنيفة وأبو يوسف على قطع يد العبد فقد جعله سارقا مال غير المولى فيرد الى الذي أقر بالسرقة منه (قوله ولو صدقه المولى) قدمناه في أول البحث قال (واذا قطع السارق والعين قائمة في يده) كلامه واضح وقوله (كاستهلاك صيد مملوك في الحرم) يعني من حيث انه يجب قيمته للمالك وقيمة أخرى جزاء ارتكاب المحذور

لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفي القطع بعد استهلاكه بخلاف مسألة الحر لان القطع انما يجب بالسرقة من المودع أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترا ولو صدقه المولى بقطع في الفصول كلها زال المانع قال (واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه (وان كانت مستهلكة لم يضمن) وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور وروى الحسن عنه أنه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه أخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم أو شرب خمر مملوك لذى

بكون المال للمقر له اذا قطع عمال السيد والى هنا يتم الوجه وقوله (لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفي القطع بعد استهلاكه) زيادة لا تظهر الحاجة اليها وقوله (بخلاف مسألة الحر) يريد الزام أبي يوسف بما اذا قال الحر الثوب الذي في يدي سرقة من عمرو ويقطع به ولا يدفع امره فكذلك اذا كان بقطع بما أقرب من مال الاجنبي ولا يدفع اليه فقال فرق بينهما فان القطع في المسئلة المذكورة محمول على صحة اقراره به امره وانه ودية عند زيد أو غصب وادعاءه بدين الثوب له جاز كونه انكارا للوديعة غير أن المقر ليس خصمه له في ذلك والقطع بسرقة ثوب مودع أو مغصوب ثابت بخلاف ما نحن فيه فانا لو اعتبرنا الثوب ودية للمولى أو مغصوبا عند المقر لم يخرج عن كونه سرقة مال المولى وبه لا يقطع (قوله واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن) وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك لانهما لم يضمن بالاستهلاك وله فيه جناية ثانية فلا يضمن بالهلاك ولا جناية أخرى له فيه أولى (وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور) وبه قال سفيان الثوري وعطاء الشامي ومكحول وابن شبرمة وابن سيرين (وروى الحسن عنه أنه يضمن في الاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما) أي في الهلاك والاستهلاك وهو قول أحمد والحسن والنخعي والليث والبنو واصل وحمام وقال مالك ان كان السارق موسرا ضمن وان كان معسرا لا ضمان عليه نظرا للجانبين ولا خلاف ان كان باقيا أنه يرد على المالك وكذلك لو باعه أو وهبه يؤخذ من المشتري والموهوب له وهذا كله بعد القطع ولو قال المالك قبله أنا أضمنه لم يقطع عندنا فانه يضمن رجوعه عن دعوى السرقة الى دعوى المال وجه قولهم عموم قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وعلى اليد ما أخذت حتى ترد ولانه أتلف مالا لم يلو كاعتدوا فاعتدوا عليه قياسا على الغصب والمانع انما هو منافاة بين حق القطع والضمان ولا منافاة لانهما حقان بسببين مختلفين أحدهما حق الله وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة والاخر حق الضرر فية قطع حقا لله ويضمن حقا للعبد (وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم) يجب الجزاء حقا لله تعالى ويضمنه حقا للعبد (وكشرب خمر المملوك) على قولكم فانكم تحمدونه حقا لله وتقرمون قيمتها حقا

لله تعالى وقوله (أو شرب الخمر للمملوك) يعني على أصلكم فان ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عنده وان كان للمملوك

قال المصنف (حتى تسقط عصمة المال باعتباره الخ) أقول معارض بما اذا أقر ثم رجع بثبت المال دون القطع وجوابه لا يخفى اذ لا بقاء اذا رجع قال المصنف (واذا قطع السارق والعين قائمة في يده) أقول لو أطلق عن قوله في يده لكان أشمل قال صاحب البدائع والعلامة الكاكي ولو باع السارق المسروق من انسان أو ملكه منه بوجه من الوجوه فان كان قائما فلصاحبه أن يأخذه لانه عين ملكه ولأنه لو خذ منه أن يرجع على السارق بالثمن الذي دفعه لأن الرجوع بالثمن لا يوجب ضمنا على السارق في عين المسروق لانه يرجع عليه بثن المسروق لا بقيمته اهـ

(ولما روى عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا غرم على السارق بعد ما قطع عينه) لا يقال هذا الحديث يدل على أن العين إذا كانت قاتعة لا ترد إلى صاحبها إلا أن ذلك لا يسمى غرما وقوله (وما يؤدي إلى انتفائه) إنما كان ما يؤدي إلى انتفائه هو المنتقى لكونه ثابتا بالاجماع وقوله (اذلوبي) يعني معصوما حقا للعبد (لأن مباحا في نفسه) لأنه عرف بالاستقراء أن ما هو حرام حق العبد فهو مباح في نفسه وكان المال السارق (٣٦٣) حراما من وجه دون وجه (فينتقي القطع للشبهة) إذا الشبهة هو أن تكون الحرمة ثابتة

من وجه دون وجه فحينئذ يدرك بالحديث فإذا لم يبق معصوما حقا للعبد يصير محرما (حقا للشرع كالمينة ولا ضمان فيه) وهذا معنى ما ذكر في المبسوط إذا صار المال لله تعالى في هذا المحل لم يبق للعبد فالتحق في حق العبد بما لا قيمة له ولكن هذا لا يتقرر إلا باستيفاء القطع لا ما يجب لله تعالى فتمامه بالاستيفاء فكان حكم الأخذ مراعى أن استوفى به القطع يبين به أن حرمة المحل في ذلك الفعل كانت لله تعالى فلا يجب ضمان العبد وإن تعذر استيفاؤه تبين أن حرمة المال والتقوم كان للعبد فيجب الضمان وقوله (إلا أن العصمة) جواب سؤال تقدير العصمة لما انتقلت لله تعالى وصار المال المسروق كالبيعه وانجر وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك وقد روى الحسن عن أبي حنيفة وجوب الضمان فيه وتقرير الجواب أن سقوط العصمة إنما كان ضرورة لتحقيق القطع وما ثبت بالضرورة يقتصر على

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا غرم على السارق بعد ما قطع عينه ولأن وجوب الضمان ينافي القطع لأنه يتملكه أداء الضمان مستندا إلى وقت الأخذ تبين أنه ورد على ملكه فينتقي القطع للشبهة وما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتقى ولأن المحل لا يبق معصوما حقا للعبد اذلوبي لأن مباحا في نفسه فينتقي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالمينة ولا ضمان فيه إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه

الذي فهذا الزامهم لا يضمنونه الخمر باستهلاكها (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم) فيما روى النسائي عن حسان بن عبد الله عن الفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد قال سمعت سعد بن إبراهيم يحدث عن أخيه المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد ولفظ الدارقطني (لا غرم على السارق بعد ما قطع عينه) وضعف بان المسور بن إبراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جده فانه مسور بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف وسعد بن إبراهيم مجهول وفيه انقطاع آخر فان اسحق بن الفرات رواه عن الفضل فأدخل بين يونس بن يزيد وسعد بن إبراهيم الزهري وقال ابن المنذر سعد بن إبراهيم هذا مجهول وقيل إنه الزهري قاضي المدينة وهو أحد الثقات الأثبات وندنا الأرسال غير فادح بعد ثقة الراوى وأما أنه وذلك الساقط أن كان قد ظهر أنه الزهري فقد عرف وبطل القدح به وما قال ابن قدامة أنه يحمل على غرم السارق أجرة القاطع مدفوع برأيه البرار لا يضمن السارق سرقة بعد إقامة الحد ولم يرد على قول المسور بن إبراهيم لم يلق عبد الرحمن (ولأن وجوب الضمان ينافي القطع لأنه يتملكه بعد أداء الضمان مستندا إلى وقت الأخذ فينتبين أنه أخذ ملكه) ولا قطع في ملكه لكن القطع ثابت قطعا (فما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتقى) والمؤدي إليه الضمان فينتقي الضمان (ولأن المسروق لا يبق مع القطع معصوما حقا للعبد اذلوبي كان مباحا في نفسه) وانما حرم لمصلحة العبد فكان حراما من وجه دون وجه فكان شبهة في السرقة إذا الشبهة ليست إلا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فينتدرى الحد لكن الحد هو القطع ثابت اجماعا (فكان محرما حقا للشرع) فقط (كالمينة ولا ضمان فيها هو خالص حق الله) ولا يقال جاز كون الشيء محرما لغيره ونفسه كالزنا في نهار رمضان فلا يلزم أن يكون مباحا في نفسه لا نأقول ما فرض فيه الكلام وهو المال المسروق لا يكون قط محرما لغيره ووقت استخلاصه الحرمة لنفسه تعالى قبيل فعل السرقة القبلية التي علم تعالى أنها تصل بها السرقة وانما يبين لنا ذلك بتحقيق القطع فإذا قطع علمنا أنه استخلص الحرمة حقا لله تعالى في ذلك المال كما نعلم أن الأب ملكه الله تعالى جارية ابنه من غير تمليك من الابن له يظهر رد عواء ولدها لا نعلمنا أنه شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلنا حكمه تعالى بنقل الملك فيها إليه قبل الوطء القبلية التي علم تعالى اتصال الوطء بها وكذا في أعتق عبدك عني بألف فهو من الاستدلال بعناية الشروط على سبق الشرط فان قلت فأوجه رواية الحسن في الضمان بالاستهلاك مع فرض أن العصمة انتقلت إلى الله تعالى وصار المسروق حرمة المينة فينتقي أن لا يفترق الحال فأجاب المصنف عنه بقوله (إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حق فعل آخر)

انما

محلها فلا يتعدى إلى فعل آخر هو الاستهلاك لأنه لا ضرورة في حقه لأنه ليس القطع ولا من لوازمه

(قوله لأنه عرف بالاستقراء الخ) أقول منقوض بحمرا الذي قال المصنف (إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك) أقول وأنت تجيب بان الحديث والتعليل الأول لا يفرق بين الهلاك والاستهلاك (قوله وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك) أقول يجب الضمان باستهلاك خمر الذي كما سبق أنفا

(وكذا الشبهة) وهو كونه حراما لغيره (تعتبر فيما هو السبب) وهو السرقة لان اعتبار الشبهة انما يكون بجعل السبب في الموجب للحد غير موجب احتياالا للدرء والاستهلاك ليس بسبب فلا تعتبر فيه الشبهة (ووجه المشهور) وهو عدم وجوب الضمان في الاستهلاك كما في الهلاك (أن الاستهلاك انما المقصود) بالسبب وهو السرقة لانه انما سرق لغيره الى بعض حوائجه فكان ثمة للسبب لانه فعل آخر (فتعتبر الشبهة فيه) لاسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السبب وقوله (وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لا تنفاه المماثلة) قال في النهاية أي لان سقوط العصمة في فصل الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في فصل الهلاك وأقول معناه سقوط العصمة في الاستهلاك (٣٦٣) لازم من لوازم سقوطها في الهلاك والمزوم ثابت فاللازم كذلك

وبيان الملازمة أنه لو لم يكن كذلك كانت العصمة باقية في الاستهلاك موجبة وذلك غير صحيح لان الضمان يستوجب المماثلة بين المضمون والمضمون به بالنص وهي منتفية لان المضمون به مال معصوم في الهلاك والاستهلاك حتى لو غصبه أحد ضمنه هلك عنده أو استهلك والمضمون وهو المسروق معصوم في الاستهلاك على ذلك التقدير دون الهلاك ولا مماثلة بين المعصوم في الحالين والمعصوم في حالة واحدة ومن الشارحين من قال لانه أي لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة يعني أنه يلزم من سقوط العصمة سقوط الضمان وهذا لان ضمان العدوان مبني على المماثلة بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا بمألة

وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور أن الاستهلاك انما المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لا تنفاه المماثلة قال (ومن سرق سرقات فقطع في أحدها فهو وليجميعها ولا يضمن شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يضمن كلها الا التي قطع لها) ومعنى المسئلة اذا حضر أحد هم فان حضر واجبها وقطعت يده لخصوصتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها اهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائب بن فلم يقع القطع لها فبقيت أموالهم معصومة

انما الضرورة في نفي شبهة الاباحة عن فعل السرقة ضرورة وجوب القطع (وكذا الشبهة) أي شبهة الاباحة انما (تعتبر فيما هو السبب) وهو السرقة (دون غيره) وهو الاستهلاك (ووجه المشهور أن الاستهلاك) وان كان فعلا آخر الا انه (انما المقصود) بالسرقة وهو الانتفاع بالمسروق فكان معدودا منها (فتعتبر الشبهة فيه) كما اعتبرت في السرقة (وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان) في فصل الاستهلاك (لا تنفاه المماثلة) بين المال المسروق والضمان لان المسروق معصوم حقا للعدو في حالة الاستهلاك فقط والضمان مال معصوم حقا له في حالتي الهلاك والاستهلاك فاذا انتفت المماثلة اتنى الضمان لان ضمان العدو ان مشروط بالمماثلة بالنص بخلاف شرب خمر الذي لانه أتلف مالا منقوما لغيره فيضمنه وفيه جنابة على عقله وجعل الله تعالى فيه الحد فيجوز ذلك فكانا حرمين ومثله صديد الحرم المملوك وفي المبسوط روى هشام عن محمد أنه انما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة فاما ديانة فيفتي بالضمان للعوق الخسران والنقصان للمالك من جهة السارق وفي الابضاح قال أبو حنيفة لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق منه وكذا لو خاط قيصلا يحل له الانتفاع به لانه ملكه بوجه محذور وقد تعذر ايجاب القضاء به فلا يحل له الانتفاع كمن دخل دار الحرب بأمان وأخذ شيئا من أموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة وكالباعى اذا أتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان وتعذر ايجاب الضمان بعارض ظهر أثره في حق الحكم واما ديانة فيعتبر قضية السبب (قوله ومن سرق سرقات فقطع في أحدها) بخصومة صاحبها وحده (فهو) أي ذلك القطع (لجميعها ولا يضمن شيئا) لأرباب تلك السرقات (عند أبي حنيفة) وقال لا يضمن كلها (لا) السرقة (التي قطع فيها فان حضر واجبها وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئا) من السرقات (بالاتفاق) لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة ولا خصومة من الغائب فلم تظهر الخصومة منهم فلم يظهر القطع بسرقاتهم (فبقيت أموالهم معصومة

بين المسروق وضمانه فينتفى الضمان لان المسروق ساقط العصمة حرام لعينه حلالا لغيره غير منتفع به كالدم والميتة والذي يؤخذ من السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لا تنفاه المعادلة وكلام المصنف لا يساعده فتأمل قال (ومن سرق سرقات فقطع في أحدها فهو بجميعها) كلامه واضح (وقوله لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب) تقر به الحاضر ليس بنائب عن الغائب ومن ليس بنائب عن الغائب ليس له الخصومة في حق الغائب ولا بد من الخصومة لانها شرط ظهور السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها واذا لم يقع القطع لها بقيت أموالهم معصومة والمال المعصوم مضمون لا محالة

(قوله لان الضمان الى قوله بالنص) أقول يعني قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم (قوله ومن الشارحين من قال) أقول أراد الاتفاق

(وله أن الواجب بالكل) أي بكل السرقات (قطع واحد) لأنه يجب (حقائه) وكل ما كان كذلك يتداخل وقد وجد ذلك (والخصومة شرط الظهور عند الحاكم) وقد وجد ذلك أيضا بالنسبة إلى الجميع لأن الشرط يراعى وجوده لوجوده قصدا (فإذا استوفى) يعني ذلك القطع الواحد (فالمستوفى كل الواجب ألا ترى أن نفعه) وهو ألا تجار يرجع إلى الكل فإن قيل الحكم الثابت ضمنا لا يربو على الثابت صريحا والقطع يتضمن البراءة عن ضمان المروق ولو أراه الواحد عن ضمان الكل نصا لم يبرأ فكيف يبرأ إذا ثبت ضمنا أجيب بأنه ~~كم~~ من شيء ثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب ووقف المتقول ثم ههنا لما وقع القطع في حق الكل بالاجماع تبعه ما هو الثابت (٢٦٤) في ضمنه وهو سقوط الضمان وأعلم أن وقوع القطع بجميع السرقات

بالاجماع فقد علمت أن القطع لا يجتمع مع الضمان فالقول بالضمان في واحدة منها بعد ذلك جمع بين القطع والضمان فذلك تناقض وقوله (وعلى هذا الخلاف إذا كان النصب كالأفراد) يعني لو سرق النصب من شخص واحد مرارا فخاصم في البعض فقطع لأجل ذلك فعند أبي حنيفة لا يضمن النصب الباقية وعندهما يضمن والله أعلم

وله أن الواجب بالكل قطع واحد حق الله تعالى لأن مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي فإذا استوفى فالمستوفى كل الواجب ألا يرى أنه يرجع نفعه إلى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف إذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في البعض والله تعالى أعلم

باب ما يحدث السارق في السرقة

(ومن سرق ثوبا فشق في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع) وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لأن له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فإنه يوجب القيمة وتلك المضمون ومصار كل المشتري إذا سرق مبيعاً فيه خيار للبائع

وله أن الواجب بالكل قطع واحد حق الله تعالى لأن مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند الحاكم) فإذا كان الحكم الشرعي الثابت في نفس الأمر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن كل الأسباب السابقة وقد وجد ذلك في وقوعه عنها وهو ملزوم لسقوط ضمانها كلها في نفس الأمر علم القاضي بها أو لم يعلم ولا أثر لعدم علمه في نفي الحكم الثابت شرعا عند القطع وهو وقوعه عن كل الأسباب وهو يستلزم سقوط ضمانها فكان سقوط الضمان ثابتاً وهو المطلوب

باب ما يحدث السارق في السرقة

(قوله ومن سرق ثوبا فشق في الدار) قبل أن يخرج من الخزانة نصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة) بعد الشق (قطع) وعن أبي يوسف أنه لا يقطع) وإن كان لا يساوي عشرة بعده لم يقطع بالاتفاق وإن شقه بعد الإخراج قطع بالاتفاق وهو ظاهر واختلفت العبارات في إفادة قول أبي يوسف في بعضها ما يفيد أنه رواية عنه وأن الظاهر من قوله كقوله ما هو كلام الهداية ونحوه السلام البزدوي والصدور الشهيد والعناني حيث قالوا وعن أبي يوسف وكذا قول الأسيجاني ذكر الطحاوي قول أبي يوسف مع محمد وقول محمد مع أبي حنيفة في الظاهر وشمس الأئمة البيهقي زاد فقال في كفايته وعن أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة وفي بعضها ما يفيد أنه الظاهر من قوله كقول صاحب الأسرار وقال أبو يوسف لا يقطع وكذا قال الحاكم الشهيد في الكافي وقال أبو يوسف كل شيء يجب عليه قيمته إن شاء ذلك رب المتاع فلا قطع عليه وجه قوله أن السرقة ما تمت الا وقد انعقد السارق فيها سبب الملك إذا خرق الفاحش يثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمة الثوب وتركه وإن كره ذلك وما انعقد السارق فيه سبب الملك لا يقطع به كالمروق المشتري المبيع الذي فيه خيار للبائع ثم أسقط البائع الخيار فإنه لا يقطع

باب ما يحدث السارق في السرقة

لماذا كراهية السرقة وكيفية القطع ذكر في هذا الباب ما يسقط به القطع بسبب أحداث الصنعة للشبهة والشبهة أبدأت بالثابت ذكر (ومن سرق ثوبا فشق في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوي) بعد الشق (عشرة دراهم قطع)

قيد بقيد أن يكون الشق في الدار وأن يساوي عشرة دراهم بعد الشق في الدار لأنه إذا أخرجه غير مشقوق لذلك وهو يساوي عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق من العشرة فإنه يقطع قولاً واحداً ولأنه إذا شق في الدار ونقصت قيمته عن العشرة ثم أخرجه لم يقطع لأن السرقة قد تمت على النصاب الكامل في الأول دون الثاني (وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لأن له في شبهة الملك وهو الخرق الفاحش فإنه يوجب القيمة وتلك المضمون) ولهذا قلنا للمالك بعد الشق بالخيار إن شاء ما يكره الثوب بالضمان لانهقاد سبب الملك لأنه لو لم ينعقد لما وجب التملك بكره من السارق (ومصار كل المشتري إذا سرق مبيعاً فيه خيار للبائع) ثم فسح البائع البيع فإنه لا يقطع هناك فكذلك ههنا والجامع بينهما أن السرقة تمت على عين غير مملوكة للسارق لكن ورد عليه سبب الملك

باب ما يحدث السارق في السرقة

(ولهما أن الأخذ) أي هذا الأخذ الذي فيه خرق فاحش واللام للعهد بدليل قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الأخذ وتقريره أنا لا نسلم أن له فيه سبب الملك لأن الأخذ المعهود ليس بموضوع له وانما هو موضوع سبب الضمان فكان له سبب الضمان لا سبب الملك (وانما الملك يثبت له ضرورة أداء الضمان كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الأخذ وكما إذا سرق البائع معيبا بآءه بخلاف ما ذكرنا من الشبهة) لأنه ليس بموضوع للملك (كنفس الأخذ) فانه يحتمل أن يصير سببا بعد الضمان ومع هذا فلم نعتبر شبهة (وكما إذا سرق البائع معيبا بآءه) ولم يعلم المشتري بالعيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب وكذلك ههنا يقطع وان انعقد سبب الضمان وهو الشق (بخلاف ما ذكر) أي أبو يوسف وهو قوله كالمشتري إذا سرق مبيعاً فيه الخيار للبائع (٣٦٥) لأن سبب الملك موجود فيه (إذا بيع موضوع لا فائدة للملك وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لأنه ملكه مستند إلى وقت الأخذ فصار كما إذا ملكه بالهبة فأورث شبهة وهذا كله إذا كان النقصان فاحشاً فان كان يسيراً يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة

ولهما أن الأخذ وضع سبباً للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الأخذ وكما إذا سرق البائع معيباً بآءه بخلاف ما ذكرنا من الشبهة) لأنه ليس بموضوع للملك (كنفس الأخذ) فانه يحتمل أن يصير سبباً بعد الضمان ومع هذا فلم نعتبر شبهة (وكما إذا سرق البائع معيباً بآءه) ولم يعلم المشتري بالعيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب وكذلك ههنا يقطع وان انعقد سبب الضمان وهو الشق (بخلاف ما ذكر) أي أبو يوسف وهو قوله كالمشتري إذا سرق مبيعاً فيه الخيار للبائع (٣٦٥) لأن سبب الملك موجود فيه (إذا بيع موضوع لا فائدة للملك وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لأنه ملكه مستند إلى وقت الأخذ فصار كما إذا ملكه بالهبة فأورث شبهة وهذا كله إذا كان النقصان فاحشاً فان كان يسيراً يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة

لذلك وهو أن السرقة تمت على عين غير مملوكة ولكن فيه سبب الملك للسارق (ولهما أن الأخذ وقع سبباً للضمان) ولا يخفى أن المناسب أن يقول أن الشق وقع سبباً للضمان (لا للملك) وثبت ولاية الغير أن يملك ليس سبباً للملك بل السبب انما يثبت عند اختيار التضمين وانما تكون تلك الولاية موجبة للسببية إذا كان التصرف موضوعاً للملك كالبائع فمما قسمت عليه لا فيما وضع سبباً للضمان فالفرق بين صورة الشق وصورة البيع كون نفس التصرف وضع للملك بخلاف الشق ولما كان الكلام ليس في الأخذ بل في الشق تكلف في تقريره بأن قيل الأخذ سبب للضمان لأنه عدوان محض لا للملك فكان كالشق عدواناً فكم لا تعتبر في الأخذ شبهة الملك دائرة لقطع بل يقطع إجماعاً كذلك الشق وانما يصير الشق سبباً للضمان إذا اختار المالك التضمين (فيثبت ضرورة أداء الضمان) أو القضاء به (ومثله لا يورث شبهة) والا ثبت مثلها (في نفس الأخذ) لأنه أيضاً يحتمل أن يصير سبباً للملك بأداء الضمان كالشق فصار (تظير ما إذا سرق البائع معيباً بآءه) ولم يعلم المشتري بالعيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد بالعيب الذي به يثبت الملك للبائع (قوله وهذا الخلاف الخ) الحاصل أن هذا الخلاف الكائن في القسط هو فيما إذا كان النقصان فاحشاً واختار المالك تضمين النقصان وأخذ الثوب يقطع مع ذلك عندهما وعند أبي يوسف لا يقطع (ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لأنه ملكه مستند إلى وقت الأخذ فصار كما لو ملكه) إياه (بالهبة) بعد القضاء لا يقطع على ما تقدم (ولو كان يسيراً يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك وليس للمالك تضمين كل القيمة) فاتنى وجه أبي يوسف في عدم القسط في اليسير واعلم أن الخرق يكون يسيراً ويكون فاحشاً وتارة يكون اتلافاً واستهلاكاً وفيه يجب ضمان كل القيمة بلا خيار لأنه استهلاكاً وعلى هذا لا يقطع لأنه ما تمت السرقة إلا بما ملكه بالضمان وقد حذر المترائى بأن ينقص أكثر من نصف القيمة وأما الخرق الفاحش فقبل ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعداً فاحش واليسير ولا بد أن يكون المعنى فصاعداً ما ينته إلى ما به يصير اتلافاً والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض

موضوع لا فائدة للملك وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب (الثوب) لا يقال الأصل عندكم أن القسط والضمان لا يجتمعان فإذا اختار تضمين النقصان كيف يمكن من القسط لأن ضمان النقصان وجب بجناية أخرى قبل الإخراج وهي ما فات من العين والقسط باخراج الباقي كالأخذ وتبين فأخرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقمنه نصاب وأورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع أنه لا يجب الضمان وعن هذا ذهب بعضهم إلى أنه ان اختار القسط مع لا يضم من النقصان والجواب أن القسط للباقي بعد الخرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك فان القسط كان لأجله لا لشيء آخر (فان اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب

(٣٦ - فتح القدير رابع) عليه لا يقطع بالاتفاق لأنه ملكه مستند إلى وقت الأخذ فصار كما إذا ملكه بالهبة) فانه إذا وهب له بعد تمام السرقة بسقط القسط فلا أن لا يجب إذا ملكه قبل تمام السرقة أولى (وهذا كله) أي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات (إذا كان النقصان فاحشاً) وهو الذي يفوت به بعض العين وبعض المنفعة (فان كان يسيراً) وهو ما يفوت به بعض المنفعة في الصحيح على ما سيجي تمام الكلام في تفسير الفاحش واليسير في كتاب الغصب (يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة

(قوله وأورد على هذا الجواب الخ) أقول المورد هو الحاكم في معراج الداراية لكن تقرير الجواب الذي هو مورد هذا البراد ليس على هذا النمط فيه (قوله وعن هذا ذهب بعضهم الخ) أقول أراد الخبازي قال الحاكم في الخبازية وفي الصحيح أن لا يضم النقصان كي لا يجتمع القسط مع الضمان

(قوله وان سرق شاة فذبحها) (٣٦٦) ظاهر وقوله (ومن سرق ذهباً أو فضة يجب فيه القطع) أي يساوي عشرة

دراهم (فضعه دراهم أو ذنانير قطع فيه) وهو ظاهر (قوله وأصله في الغصب) يريد أن ما يقطع حق المصوب منه عن المصوب من الصنعة يقطع حق المسروق منه من المسروق وهذه الصنعة تقطعه (عندهما خلافاً) لهما أن هذه الصنعة تبدل العين اسمها وحكمها ومقصودا وكل ما كان كذلك ينقطع به حق المالك كما إذا كان المصوب صفراً فضر به قنعة أو حديد فجعله ذراعاً فإنه ينقطع به حق المالك وله أن عين المسروق باق والصنعة الحادثة والاسم الحادث ليسا بالزمين فان إعادتها إلى الحالة الأولى ممكنة والصنعة ههنا غير متقومة حتى لو كسر إبرة بقضة لم يكن للمالك أخذها وتضمن الصنعة والعين المسروقة متقومة وإذا كان كذلك كان اعتبار الباقي المنقوم أولى من الزائل الغير المنقوم (قوله فلم يملك عينه) أي عين المسروق وفي بعض النسخ عينهما أي عين الذهب والفضة وانما ملك شيئاً غيرهما فان الاعيان تبدل بتبدل الصفات أصله حديث بريرة (قوله لهما أن هذه الصنعة

(وان سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع) لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه (ومن سرق ذهباً أو فضة يجب فيه القطع فضعه دراهم أو ذنانير قطع فيه) وترد الدراهم والذنانير إلى المسروق منه وهذا عند أبي حنيفة وقال لا سبيل للمسروق منه عليهما) وأصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافاً ثم وجوب الحد لا بشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قوله لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئاً آخر فلم يملك عينه

المنفعة واليسير ما يفتوت به شيء من المنفعة ذكره القمراشي وأورد في الكافي على القطع مع إيجاب ضمان النقصان في الخرق اليسير أن فيه جمعاً بين القطع والضمان وأجاب فقال انما لا يجتمعان كي لا يؤدي إلى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل في جنابة واحدة وهنالا يؤدي إليه اذا قطع يجب بالسرقة وضمن النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فإنه فعل غير السرقة مع أنه لا يجب به الضمان لان عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع فينبغي أن لا يجب ضمان النقصان وعن هذا قال في الفوائد الجارية وفي الصحيح لا يضمن النقصان كي لا يجتمع القطع مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا كتوب مشترك بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالإجماع فلا يضمن النقصان والحق ما ذكر في عامة الكتب الامهات أنه يقطع ويضمن النقصان والنقص بالاستهلاك غير وارد لان الاستهلاك هناك بعد السرقة بان سرق واستهلك المسروق وما نحن فيه ما اذا نقص قبل تمام السرقة فان وجوب قيمة ما نقص ثابت قبل السرقة ثم اذا أخرجه من الخرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حينئذ بذاك المسروق الناقص ولم تضمنه إياه الا يرى قول الامام قاضيان فان كان الخرق بسراية قطع ويضمن النقصان أما القطع فلانه أخرج نصاً كاملاً من الخرز على وجه السرقة وأما ضمان النقصان فلو جود سببه وهو التعيب الذي وقع قبل الإخراج التي به تتم السرقة ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لان ضمان النقصان وجب باتلاف ما فات قبل الإخراج والقطع بأخراج الباقي فلا يمنع كالأخذ وتوين وأحرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمة نصاب وأما قول الباحث يملك ما ضمنه فيكون كتوب مشترك إلى آخره فغلط لان عند السرقة وهو الإخراج ما كان له ملك في المخرج فان الجزء الذي ملكه بالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها وحين وردت السرقة وردت على ما ليس فيه ذلك الجزء المملوك له (قوله وان سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع) ولو ساوت نصاباً بعد الذبح (لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه) على ما مر لكنه يضمن قيمتها للمسروق منه (قوله ومن سرق ذهباً أو فضة يجب فيه القطع) بأن كانت نصاباً (فضعه دراهم أو ذنانير قطع فيه عند أبي حنيفة) وهو قول الأئمة الثلاثة (وبرد الدراهم والذنانير على المسروق منه وقال لا يقطع ولا سبيل للمسروق منه عليهما) والخلاف مبني على خلاف آخر في الغصب وهو ما اذا غصب نفرة فضة فضر بها دراهم لا يقطع حق المصوب منه عنده خلافاً لهما وكذا لو كانت دراهم فضر بها حلياً فكذا هنا لا يقطع بالصلح حق المسروق منه في السرقة بناء على أنهم لم يتبدل فيقطع فالبقطع عنده لا بشكل على هذا أما عندهما فقد قيل لا يقطع لانه ملك المسروق بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع لكن يجب عليه مثل ما أخذ وزنا من الذهب والفضة وقيل يقطع ولا شيء على السارق لانه لم يملك عين المسروق لانه بالصنعة صار شيئاً آخر فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شيء عليه وجه قولهما أن هذه الصنعة مبدلة للعين كالصنعة في الحديد والفضة بأن غصب حديداً أو صفراً فجعله سيفاً أو آنية وكذا الاسم كان نبراذها فضة قصار دراهم أو ذنانير وله أن هذه الصنعة في الذهب والفضة ولو تقومت وبدلت الاسم لم تعتبر بوجوده شرعاً بل لانه لم يتغير بها حكم الربا حتى

لا يجوز

أقول أما تبدله حكماً فلان التبر لا يصلح رأس المال في المضاربات

تبدل العين اسمها وحكمها (الخ) والشركان بخلاف المضروب

وقوله (فان سرق ثوبا فصبغه أحر) قال صاحب النهاية صورة المسئلة سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبغه أحر الخ فان لفظ رواية الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في السارق يسرق الثوب فتقطع يده وقد صبغ الثوب أحر قال ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله ثم صبغه لان الواو للحال وهي لاتدل على التعقيب ولكن قول المصنف (الاترى انه غير مضمون الى آخره) انما يستقيم اذا كانت صورة المسئلة ما قال ومحرر المذهبين واعتبار محمد واضح وقوله (واهما) أى لابي حنيفة وأبي يوسف (أن الصبغ قائم صورة ومعنى) أما صورة فظاهر فان الحجرة فيه محسوسة وأما معنى فلان المسروق منه لو أخذ الثوب مصبوغا ضمن الصبغ (وحق المالك في الثوب قائم صورة) (٣٦٧) لتمكنه من الاسترداد (لامعنى)

لانه غير مضمون على السارق بالهـ لـ أو الاستهلاك فكان جانب السارق مبرحا كالموهوب له اذا صبغ فان حق الواهب ينقطع عنه (بمخلاف) مسئلة (الغصب) يعنى التي اعتبر بها صورة النزاع (لان) حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه (بمخلاف) يعنى الوجود (فربحنا جانب المالك بما ذكرنا) من كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ تابعا (وان صبغه اسود أخذ منه الثوب عند أبي حنيفة ومحمد ولا يؤخذ عند أبي يوسف لان السوادز بآدة عنده كالحجرة وأما عند أبي حنيفة فان السواد عنده نقصان) فلم يكن حق السارق قائما فيه معنى (فلا يوجب انقطاع حق المالك) وأما عند محمد فان السواد وان كان عنده أيضا كالحجرة

(فان سرق ثوبا فصبغه أحر لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه) اعتبارا بالغصب والجامع بينهما كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ تابعا وإلهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو أراد أخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لامعنى ألا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فربحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فربحنا جانب المالك بما ذكرنا (وان صبغه أسود أخذ منه في المذهبين) يعنى عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف وجه الله هذا والاول سواء لان السوادز بآدة عنده كالحجرة وعند محمد زيادة أيضا كالحجرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة بأحد عشر فضة وقلبه فكانت العين كما كانت حكما فيقطع وتؤخذ للمالك على أن الاسم باق وهو اسم الذهب والفضة وانما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم (قوله ومن سرق ثوبا فصبغه أحر) يقطع به بإجماع العلماء ثم لا يؤخذ منه الثوب عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يضمنه (وقال محمد يؤخذ منه الثوب) وهو قول الأئمة الثلاثة (ويعطى قدر ما زاد الصبغ في الثوب اعتبارا بالغصب) فان غاصب الثوب اذا صبغه أحر لا يقطع به حق المالك في الاسترداد انفا فافكذافي السرقة (والجامع كون الثوب أصلا والصبغ تابعا وإلهما أن الصبغ قائم صورة) وهو ظاهر وقوله (ومعنى) أى من حيث القيمة (حتى لو أراد) المسروق منه (أن يأخذ الثوب يضمن له) قيمة (الصبغ وحق المالك قائم صورة لامعنى) فانه لو هلك أو استهلك عند السارق لا يضمن فكان حق السارق أحق بالترجيح كالموهوب له اذا فعله ينقطع حق الواهب في الرجوع بذلك (بمخلاف الغصب لان حق كل) من المصوب منه والغاصب الذي صبغه (قائم صورة ومعنى) لا تنفاه ما يحل بالمعنى في حق الغاصب وهو القطع (فاستويا فربحنا المالك بما ذكرنا) من أن الصبغ تابع (قوله وان صبغه) أى السارق (أسود) ثم قطع أو قطع فصبغه أسود (يؤخذ منه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا والاول سواء) فلا يؤخذ منه (لان السوادز بآدة كالحجرة) وهي مانعة من الاسترداد من السارق (وعند محمد هوز بآدة) لكن الزيادة غير مانعة كما قال في الحجرة (وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك) في الاسترداد قالوا وهذا اختلاف عصر وزمان لا جهة وبرهان فان الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ويلبسونه في زمنهما وفي شرح الطحاوى لو سرق سويقا فلنه بسمن أو عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ أى الأحر ليس للمالك على السارق سبيل في السويق وعند محمد يأخذه ويعطى ما زاد السمن والعسل

لكن لا يقطع حق المالك والله أعلم

قال المصنف (فان سرق ثوبا فصبغه أحر لم يؤخذ منه الثوب) أقول وفي الكثر لو صبغه أحر فقطع لا يرد ولا يضمن قال الزبلي في شرحه أى لو سرق ثوبا فصبغه أحر فقطع لا يجب عليه رده ولا ضمانه وهكذا ذكره في المحيط والكافي ولفظ صاحب الهداية وان سرق ثوبا فقطع فصبغه أحر لم يؤخذ منه الثوب ولا يضمن يتأخير الصبغ عن القطع ولفظ محمد يسرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحر الخ دليل على أنه لا فرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده انتهى وأنت خير بان عبارة الهداية ليست على ما نقله (قوله وهي لاتدل على التعقيب) أقول بل صبغه المضى تدل على التقدم على ما عرف في مباحث الحال (قوله انما يستقيم انا كانت الخ) أقول فيه بحث

باب قطع الطريق

قال (واذا خرج جماعة ممنعين أو واحد يقدر على الامتناع فقصده واطع الطريق فاخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا أنفسهم باسم الامام حتى يحدوا توبة وان أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا أو ما يبلغ قيمته ذلك قطع الامام أيديهم وأرجلهم من خلاف وان قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم الامام حدا) والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية

باب قطع الطريق

أخره عن السرقة وأحكامها لانه ليس بسرقة مطلقة ولذا لا يتبادر هو أو ما يدخل هو فيه من اطلاق لفظ السرقة بل انما يتبادر الاخذ خفية عن الناس ولكن أطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجازا لضرب من الاخفاء وهو الاخفاء عن الامام ومن نصبه الامام لحفظ الطريق من الكشاف وأرباب الادراك فكان السرقة فيه مجازا ولذا لا تطلق السرقة عليه الا مقيدة فيقال السرقة الكبرى ولو قبل السرقة فقط لم يفهم أصلا ولزوم التقييد من علامات المجاز (قوله واذا خرج جماعة ممنعين) بقوتهم عن يقصد مقاتلتهم (أو واحد له منعة) بقوته ونجدته يعني شوكة (يقصدون قطع الطريق) أي أخذ المارة فأحوالهم بالنسبة الى الجزاء الشرعي أربعة وبالنسبة الى ما هو أعم منه خمسة أما بالنسبة الى الجزاء فاما أن يؤخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا أنفسهم لم يوجد منهم سوى مجرد اخافة الطريق الى أن أخذوا حكمهم أن يعزروا ويحبسوا الى أن تظهر توبتهم في الحبس أو يموتوا واما أن أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا أو ما يبلغ قيمته ذلك فيقطع الامام يد كل منهم اليمنى ورجله اليسرى واما أن قتلوا مسلما أو ذميا ولم يأخذوا مالا فيقتلهم الامام حدا ومعنى حدا أنه لو عفا أولياء المقتولين لا يقبل عفوهم لان الحد خالص حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره فحق عفا عنهم عصي الله تعالى والرابعة أن يأخذوا المال ويقتلوا أو ساقوا ان شاء الله تعالى وفي فتاوى قاضخان وان قتل ولم يأخذوا مالا يقتل قصاصا وهذا يخالف ما ذكرنا لأن يكون معناه اذا أمكنه أخذ المال فلم يأخذ شيئا ومال الى القتل فاناسند كوفي نظيرها أنه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن أبان وفيها أيضا ان خرج على القافلة في الطريق وأخاف الناس ولم يأخذ المالك ولم يقتل يعزروا ويحبسوا وهو خلاف المهر روف من أنه يحبس امتثالاً للنهي المذكور في الآية وأما بالنسبة الى ما هو أعم فالاربعة المذكورة والخامسة أن يؤخذوا بعد ما أحدوا توبة وتأتى أيضا في الكتاب والتقييد بعلم أو ذمي في صدر المسئلة ليخرج المستأمن فلا يقطعوا الطريق على مستأمن لم يلزمهم شيء مما ذكرنا الا التعزير والحبس باعتبار اخافة الطريق واخفاء رذمة المسلمين لان ماله غير معصوم على التأيد وبافي الشروط من كون ذلك في بركة لا في مصر ولا قرية ولا بين قريتين وغير ذلك مما يفهمه السارحون بأن ذلك كله في الكتاب مفصلا (والاصل فيه) أي في توزيع الاجزئية كما ذكرنا على الجنائيات المذكورة (قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا) الآية سمي قاطع الطريق محاربا لله لان المسافر معه على الله تعالى فالذي يزيل أمنه محارب لمن اعتمد عليه في تحصيل الامن واما محاربه لرسوله فاما باعتبار عصيان أمره واما باعتبار أن الرسول هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والمولود بعده توابه فاذا قطع الطريق التي تولى حفظها بنفسه ونائبه فقد حاربها وهو على حذف مضاف أي يحاربون عباد الله وهو أحسن من تقدير أولياء الله لان هذا الحكم

اعلم أن قطع الطريق يسمى سرقة كبرى أما تسميتها سرقة فلان قاطع الطريق يأخذ المال سرا من اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما أن السارق يأخذ المال سرا من اليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك أو من يقوم مقامه وأما تسميتها كبرى فلان ضرر قطع الطريق على أصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص الملاك بأخذ ماله منهم وهناك حرزهم ولهذا غلط الحد في حقه قطع الطريق وانما أخره عن السرقة الصغرى لانها أكثر وجودا منه قوله (واذا خرج جماعة) قبل ذكر لفظ الجماعة ليتناول المسلم والذمي والحربي والحرة والعبد وأراد بالامتناع ان يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له ان يدافع تعرض الغريم عن نفسه بقوته وشجاعته وكلامه واضح وقوله (قتلهم حدا) أي لا يسقط القتل بعفو الاولياء ويسمى قطاع الطريق محاربين لان المال في البراري محفوظ بحفظ الله تعالى فاذا أخذوه على سبيل المغالبة كان في صورة المحارب

(قوله والمراد منه والله تعالى أعلم التوزيع على الاحوال) فيه اشارة الى نفي مذهب مالك أن الامام مخير بين هذه الاشياء نظر الى ظاهر كلمة أو وقوله (وهي أربعة هذه الثلاثة المذكورة) يعني قوله فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا انفسا وقوله وان أخذوا مال مسلم أو ذمي وقوله وان قتله لم يأخذوا مالا والرابعة ما يذكر بعد هذا من القتل وأخذ المال وقوله (ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال) أي على حسب الاحوال الواقعة في قطع الطريق (فاللائق تغلظ الحكم) (٣٦٩) أي الجزء (بتغلظ الجناية) بتفاوت الاحوال

لا التخيير لانه يستلزم مقابلة الجناية الغليظة بجزء خفيف أو بالعكس وهو خلاف مقتضى الحكمة والكلام في هذا البحث قد قررناه في التقرير مستوفى (قوله فسلانه المراد بالتخيير المذكور) يعني عندنا فان الشافعي يقول المراد به الطلب ليهربوا من كل موضع وما قلناه أولى لان العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما وجدته نظري في الشرع أولى من الاخذ بما لا تطهره (قوله وشرط كمال النصاب في حق كل واحد الخ) قال الحسن بن زياد الشرط أن يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا لان التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق يأخذها عضوا واحدا وههنا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان في السرقة الا في عشرين درهما وقلنا تغلظ الحد ههنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ ففي النصاب هذا الحد وحده السرقة سواء وقوله (كي لا يؤدي الى تفويت جنس

والمراد منه والله تعالى أعلم التوزيع على الاحوال وهي أربعة هذه الثلاثة المذكورة والرابعة تذكرة هان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها أما الحبس في الاولى فلانه المراد بالتخيير المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن أهلها ويعزرون أيضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه وشرط ان يكون المأخوذ مال مسلم أو ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا الوقطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كي لا يستباح طرفه الا بقاؤه ماله خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كي لا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه (ويقتلون حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لا يلغى الى عفوهم) لانه حق الشرع

يثبت بالقطع على الكافر الذي (والمراد من الآية التوزيع) أي توزيع الاجزى المذكورة على أنواع قطع الطريق وبه قال الشافعي والبيهقي وقاتل وأصحاب أحمد وقال عطاء وسعيد بن المسيب ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي وأبو ثور وداود والامام مخير فيه على ما هو ظاهر النص مطلقا وقال مالك اذا رأى الامام القاطع جلد اذا رأى قتله وان كان جلد الأراى له قطعه ولنا ما روى محمد بن أبي يوسف عن الكلبى عن أبي صالح عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم بأبردة هلال بن عويمر الأسلى فجاءه أناس يريدون الاسلام فقطع عليهم أصحاب أبي بردة الطريق فقتل جبريل عليه السلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحد أن من قتل وأخذ المال صلب ومن قتل ولم يأخذ قتل ومن أخذ مالا ولم يقتل قطع يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلما هدم الاسلام ما كان منه في الشرك وفي رواية عطية عن ابن عباس ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال نفي وبالنظر الى المعنى وهو أن من المقطوع به ان مازكر من القتل والصلب والقطع والتخيير كاه اجزى على جنايه القطع ومن المقطوع به ان هذه الجناية تتفاوت خفة وغلظا والعمل بالاطلاق المحض لانه يقتضى أن يجوز أن يرتب على أغلظها أخف الاجزى المذكورة وعلى أخفها أغلظ الاجزى وهذا مما يدفعه قواعد الشرع والعقل فوجب القبول بتوزيع الاغلظ للأغلظ والاخف للأخف ولان في هذا التوزيع موافقة لاصل الشرع حيث يجب القتل بالقتل والقطع بالاخذ الا أن هذا الاخذ لما كان أغلظ من أخذ السرقة حيث كان مجاهرة ومكبرة مع اشهار السلاح جعل المرة منه كالمرة فقطع في الاخذ مرة البدن والرجل معان غير اشتراط كون النصاب فيه عشرين لان الغلظ في هذه الجناية من جهة الفعل لا متعلقه ولموافقة قاعدة الشرع شرط في قطعهم كون ما يصيب كل واحد منهم نصيبا كاملا كي لا يستباح طرفه بأقل من النصاب فبخالف قاعدة الشرع ولم يشترط مالك سوى أن يكون المأخوذ نصيبا فصاعدا أصاب كلا نصاب أولا وكون المقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى بالاجماع كي لا يتوى نصفه وكذا الاحكام السابقة من أنه لو كانت يسراه سلا لا تقطع يمينه وكذا رجليه اليمنى لو كانت سلا لا تقطع اليسرى ولو كان مقطوع اليد اليمنى لا تقطع يده وكذا الرجل اليسرى فان قلت ليس في الاجزى الموزعة الحبس قلنا هو المراد بالتخيير وذلك لان ظاهره لا يعمل به وهو النفي من الارض أى من

المنفعة) حتى اذا كانت يده اليسرى سلا أو مقطوعة لم تقطع رجله اليسرى وأما اذا كانت يده اليمنى مقطوعة فانه تقطع رجله اليسرى

قال المصنف (ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال) أقول عطف على التوهم كانه قال والمراد والله تعالى أعلم التوزيع على الاحوال لا التخيير لان الاجزى المذكورة في الآية الكريمة أربعة والاحوال أيضا أربعة فالظاهر انقسام الاجزى عليها ولان الجنايات الخ قال المصنف (ويقتلون حدا) أقول وفي فتاوى قاضخان أنهم يقتلون قصاصا فينهما مالا ينجي من المخالفة

وقوله (فالامام بالخيار) حاصله أن الامام بالخيار في جمع العقوبتين بين قطع الايدي والارجل مع القتل أو الصلب وبين القتل أو الصلب
ابندامن غير قطع الايدي والارجل (٣٧٠) وكذلك الام بالخيار عند اختيار ترك قطع الايدي والارجل بين القتل والصلب وكان

الخيار للامام في موضعين
وهذا قول أبي حنيفة
وذكر في الكتاب قول أبي
يوسف معه (وقال محمد
يقتل أو يصلب ولا يقطع)
وذكر في عامة الروايات قول
أبي يوسف معه (لأنه) أي
قطع الطريق (جناية
واحدة فلا توجب حدين
ولأن مادون النفس دخل
في النفس في باب الحد
كحد السرقة والرجم)
فإن السارق إذا نزل وهو
محصن فإنه يرجم لا غير
لأن القتل يأتي على ذلك
كله قوله (وله ما) أي
لا يحنيفة وأبي يوسف
وهو ظاهر الرواية
(والتداخل في الحدود لا في
حد واحد) ألا ترى أن
الجلدات في الزنا لا تتداخل
فإن قيل لو كان حد واحد
لما جاز للامام أن يدع القطع
كما يجوز له أن يترك بعض
الجلدات أحجب بأن ولاية
ترك القطع ليس بطريق
التداخل بل لأن مراعاة
الترتيب ليست بواجبة عليه
في أجزاء حد واحد وكان له
أن يبدأ بالقتل لذلك ثم إذا
قتله فلا فائدة في اشتغاله
بالقطع بعده كما إذا ضرب
الزني خمسين جلدة فمات
فانه يترك ما بقي لأنه لا فائدة
في إقامته

قال المصنف (والرابعة

(و) الرابعة (إذا قتلوا وأخذوا المال فالامام بالخيار أن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم
وصلبهم وإن شاء قتلهم وإن شاء وصلبهم وقال محمد يقتل أو يصلب ولا يقطع) لأنه جناية واحدة فلا توجب
حدين ولأن مادون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما أن هذه عقوبة
واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الأمن على الناهي بالقتل وأخذ المال ولهذا كان قطع اليد
والرجل معافي الكبرى حد واحد وإن كانا في العنق حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد
ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه لا يتركه لأنه منصوص
عليه والمقصود التمهيد ليعبر به غيره ونحن نقول أصل التمهيد بالقتل والمبالغة بالصلب فيخبر فيه

وجه الأرض لأنه لا يتحقق مادام حيا وإن جل على بعضها وهي بلدته لا يحصل له المقصود وهو دفع
أذاه عن الناس لأنه إذا كان دامت له يقطع الطريق فيما يصير إليه من البلدة الأخرى فعملنا
بمجازره وهو الحبس فإنه قد يطلق عليه أنه خارج من الدنيا قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره
الشريف في الفرر

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها * فلسنا من الأحياء فيها ولا الموتى

إذا جاءنا السجبان يوم الحاجة * عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

ولما رأى مالك رضي الله عنه أن مجرد النفي لا يفيد في المقصود قال يحبس في بلدة النفي ومعلوم أن
المقصود لا يتفاوت بالحبس في بلدة النفي وغيره فيقع تعيين بلدة النفي في غير الفائدة المطلوبة (قوله
والرابعة) أي من أنواع هذه الجناية (ما إذا قتلوا وأخذوا المال فالامام بالخيار أن شاء قطع أيديهم
وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وإن شاء قتلهم) بلا صلب وقطع (وإن شاء وصلبهم) أحياء ثم قتلهم
وهذا قول أبي حنيفة وزفر وقال أبو يوسف رحمه الله لا بد من الصلب للنص في الحدود ولا يجوز ترك الحد
كالقتل وبه قال الشافعي وأحمد أجاب بأن أصل التمهيد يحصل بالقتل والمبالغة بالصلب ولم يقتل أنه
صلى الله عليه وسلم صلب العربيين ولا غيره صلب أحدا مع أن ظاهر النص لا يحتم الصلب فإن قوله أن
يقتلوا أو يصلبوا إنما يفيد أن يقتلوا أو يصلبوا لا يقتل لكن يقتل بعد الصلب مصلوبا بالاجماع
وقال محمد لا يقطع ولكن يقتل أو يصلب وفي عامة الروايات من المبسوط وشرح الجامع الصغير ذكر
أبي يوسف مع محمد وبه قال مالك أن كان القاطع ذارأي والشافعي وأحمد مع أبي يوسف في أنه لا بد من
الصلب ومع محمد في أنه لا يقطع (وجه قولهم أنه جناية واحدة) هي جناية قطع الطريق (فلا توجب حدين
ولأن مادون النفس في باب الحد يدخل في النفس كحد السرقة والرجم) إذا جتمع أبان سرق المحصن
ثم زني فإنه يرجم ولا يقطع اتفاقا (وله ما) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف وهذا على اعتبار أبي يوسف مع
أبي حنيفة لا مع محمد (أن هذه) الجناية وإن كانت واحدة باعتبار أنه قطع الطريق فهذا المجموع من
القطع والقتل أيضا (عقوبة واحدة وإنما تغلظت لتغلظ سببها) حيث بلغ النهاية في تفويت الأمن (حيث
فوت الأمن على المال والنفس بالقتل وأخذ المال) وكونها أمور متعددة لا يستلزم تعدد الحدود في
قطع الطريق ألا ترى أن قطع اليد والرجل فيها حد واحد وهو في الصغير حدان ولأن مقتضى
التوزيع الذي لزم اعتباره أن يتعين القطع ثم القتل لأن التوزيع أدى إلى أن من أخذ المال قطع
وهذا قد أخذ فيقطع وأن من قتل يقتل أو يصلب وهذا قتل فيجب أن يجمع له بين القطع والقتل إلا أن
ذلك كان فيما إذا فعل ذلك على الأفراد فأما على الاجتماع فجاز أن يؤخذ حكمه من الأفراد فجاز ذلك
للامام وما ذكر من دخول مادون النفس في النفس هو ما إذا كانا حدين أحدهما غير النفس والاخر

النفس

أنا قتلوا وأخذوا المال فالامام بالخيار) أقول فيه أن هذا التخيير منافي لما ذكره آنفا أن المراد التوزيع

على الأحوال فليتنامل في التوفيق

ثم قال (وبصلب حيا ويبيع بطنه برمح الى أن يموت) ومثله عن الكرخي وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيعا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه أباح في الردع وهو المقصود به قال (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام) لانه يتغير بعد هافيتا ذى الناس به وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال (واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال أخذه) اعتبارا بالسرقه الصغرى وقد بيناه (فان باشر القتل أحدهم أجرى الحد عليهم بأجمعهم) لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بأن يكون البعض رد البعض حتى اذا زلت أقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق قال (والقتل وان كان بعصا أو بحجر أو بسيف فهو سواء) لانه يقع قطع الطريق بقطع المارة (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح اقتصر منه فيما فيه القصاص وأخذ الارض منه فيما فيه الارض وذلك الى الاولياء) لانه لاحد في هذه الجناية

النفس أما اذا كان ذلك حدا واحدا فلا بد من اقامته فهي أجزاء حد واحد غير أنه ان بدأ بالجزء الذي لا تنلف به النفس فعل الآخرون بدأ بما تنلف به لا يفعل الآخرون لا تنفاه الفائدة وهو الضرب بعد الموت (قوله ثم قال) أي القدرى فيما اذا اخنار الامام صلبه أو ما اذا قلنا بلزومه على قول أبي يوسف انه (يصلب حيا ويبيع بطنه برمح الى أن يموت ومثله عن الكرخي وجهه قوله وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع) ولان المقصود الزجر وهو بما يحصل في الحياة لا بما بعد الموت الا أن يقال النص دل على ذلك فانه قال أن يقتلوا أو يصلبوا فلزم كون الصلب بلا قتل لانه معانده بحرف العناد فلا يتصادق معه والقتل الذي يعرض بعد الصلب ليس في اللفظ (وعن الطحاوي يقتل ثم يصلب توقيعا عن المثلة) فانها نسخت من لدن العرينين على ما عرف لا يقال وجه الاول وهو الاصح لا يخفى انه لا يكافى وجه الطحاوي لانا نقول الحاصل ليس غير صلب وقتل بطعن الرمح والثاني هو المعتاد بينهم لان عاداتهم القتل به فليس مثله عندهم كما هو في جددع الاذنين وقطع الانف وسمرا العينين فان كان هناك مثله فالصلب ليس غير وهو مقطوع بشرعيته فتكون هذه المثلة الخاصة مستثناة من المنسوخ قطعاً لا يحتمل الشك ثم يخفى بينه وبين أهله بدفونه وعلمت في كتاب الشهيد أنه لا يصلى على قاطع الطريق (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام لانه يتغير بعد هافيتا ذى الناس به وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير لازمة) من النص وكونه أمر بالصلب لا يقتضى الدوام بل بقدر متعارف لا لبلاء الا عذار كافي مهلة المرتد وغيره كافي مدة الخبار (قوله واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال أخذه) لما بينا في السرقه الصغرى من سقوط عصمته بالقطع (قوله وان باشر القتل أحدهم) أي واحد منهم والباقيون وقوف لم يقتلوا معه ولم يعينوه (أجرى الحد على جميعهم) فيقتلوا ولو كانوا مائة يقتل واحد منهم واحدا (لان القتل جزاء المحاربة) التي فيها قتل بالنص مع التوزيع (والمحاربة تتحقق بأن يكون البعض رد البعض حتى اذا انهمزوا المحارزو اليهم) وقد تحققت المحاربة مع القتل فيشمل الجزاء الكل وهو قول مالك وأحمد خلافا للشافعي قلنا انه حكم تعلق بالمحاربة فيستوى فيه المباشرة والردء كالغنيمة ولا فرق بين كون القتل بسيف أو عصا أو حجر في قتل الكل وان لم يوجب أبو حنيفة القصاص بالقتل لان هذا ليس بطريق القصاص فلا يستدعي المماثلة ولهذا يقتل غير المباشر (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح) فما كان من جراحة يجرى فيها القصاص (اقتصر وما كان لا يجرى فيه ذلك لزمه الارض) ويعرف ما يقتصر به وما لا يقتصر في الجنايات ان شاء الله رب العالمين وهذا (لانه لاحد في هذه الجناية) من قطع أو قتل

(قوله أي مثل ما نقل عن أبي يوسف) أقول فيه بحث فان المراد مثل ما قال القدرى قال المصنف (وانما الشرط القتل من واحد منهم) أقول لعل فيه نساء والمسراد ظاهراً أي من واحد منهم لا أقل

وقوله (ويجب الضمان) معطوف على قوله حتى يستوفي ولي القصاص واعترض بان وجوب الضمان لسقوط الحد وسقوط الحد بالتوبة والتوبة تتوقف على رد المال عند بعض المشايخ وكيف يتصور الهلاك أو الاستهلاك بعد الرد إلى المالك وأجيب باننا نفرض المسئلة فيما إذا تاب ورد بعض المال بان يرد مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك (٣٧٣) مال البعض الآخر أو هلك في يده

حيث تصح توبته ويجب الضمان وأقول هذا إنما يستم أن لو كانت التوبة متوقفة على رد المال في الجملة عند القائلين بذلك فأما إذا كانت متوقفة على رد جميع الأموال فلا يتم ويجوز أن يقال هذا الوضع إنما هو على قول البعض الآخر من المشايخ وقوله (وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم) يعني إذا باشر غير العقلاء صار الخلل في الأصل وله الاعتبار فلا يجب الحد على الكل وقوله (فصار كالحايط مع العامد) يعني إذا رمى بسهم إلى إنسان ٤٠٠ رماه آخر خطأ وأصابه السهمان معا ومات منهما فلا يجب القصاص على العامد لأن الفعل واحد فيكون فعل الخاطي شبهة في حق العامد وقوله (فقد قيل تأويله) ذهب أبو بكر الرازي إلى أن المسئلة محمولة على ما إذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم

(قوله واعترض بان وجوب الضمان الخ) أقول المعترض هو الكاكي

ويجب الضمان إذا هلك في يده أو استهلكه (وان كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذورحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقيين) فالمد كور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر وعن أبي يوسف أنه لو باشر العقلاء بهذا الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له أن المباشر أصل والردة تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبعية وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما أنه جناية واحدة قامت بالكل فإذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقيين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالحايط مع العامد وأما ذورحم المحرم فقد قيل تأويله إذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم

إلى الأولياء أن شأوا قتلوا أقصاها وإن شأوا عفاوا وقال عيسى بقتلهم بالإمام حدا لأنهم لم يقتصوا ولم يأخذوا شيئا من المال قتلهم حدا لأقصاها وهذا لأن مادون النصاب كالعدم ولأنه تنغلق جانيتهما بأخذ شيء من المال فلا يسقط الحد والأصح ما ذكر في الكتاب لأن وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود وهم يقصدون بالقطع أخذ المال وقتله لم ليس الأليصا إليه فإذا تركوا أخذ المال عرفنا أن قصدهم القتل لا القطع لأن القطع ليس الأليصا إليه فيقتصر منهم أن شاء الولي وتجري فيه أحكام القصاص (قوله وان كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذورحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقيين) فتظهر أحكام القصاص وتضمنين المال والجراحات وفي المبسوط تابوا وفيهم بعد قطع يد حردفعه مولاة أو فداء كما لو فعله في غير قطع الطريق وهذا لأنه لأقصاها بين العبيد والأحرار فيما دون النفس فيبقى حكم الدفع والفداء فإن كانت فيهم امرأة فعلت ذلك فعليه أدية اليد في مالها لأنه لأقصاها بين الرجال والنساء في الأطراف والواقع منها عدا لانه قلة العاقلة قال المصنف (فالمد كور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن أبي يوسف أنه لو باشر العقلاء) الأخذ والقتل (يحد الباقيون) وان باشر ذلك الصبي والمجنون فلا حد على الباقيين قيل كان الوجه أن يقول وقال أبو يوسف بعد أن قال المد كور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر أو يقول المد كور ظاهر الرواية عن أصحابنا وعن أبي يوسف كما قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وغيره ولم يذكر قول محمدوا كتنى بقوله العقلاء عن البالغين فإن العقلاء مما يقال في مقابلة الصبيان والمجانين (وعلى هذا السرقة الصغرى) إن ولي المجنون أو الصبي أخرج المتاع سقط الحد عن الكل وإن ولي غيره ما قطعوا إلا الصبي والمجنون وقالت الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم لا يسقط الحد عن غير الصبي والمجنون وذو الرحم لأنها شبهة اختص بها واحد فلا يسقط الحد عن الباقيين (لأبي يوسف أن المباشر أصل والردة تابع ففي مباشرة العاقل الخلل في التبعية ولا عبرة به بعد أن لا خلل في الأصل) فهذا الباقيون (وفي عكسه) وهو أن يباشر الصبي والمجنون (ينعكس المعنى) وهو السقوط عن الأصل فإن السقوط حينئذ في التبعية فينعكس الحكم وهو حد الباقيين فلا يحدون (ولهما) أي لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أن قطع الطريق جناية واحدة) لأن الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غير أنها لا تتحقق في الغالب إلا بجماعة فكان الصادر من الكثير جناية واحدة (قامت بالكل فإذا لم يقع فعل بعضهم موجبا) للحد لشبهة أو عدم تكليف لا يوجب في حق الباقيين لأن (فعل الباقيين) حينئذ (بعض العلة) لا يثبت الحكم وصار كالحايط مع العامد إذا اجتمع في قتل معصوم الدم يسقط القصاص عن العامد (وأما ذورحم المحرم فقيل تأويله) أي تأويل سقوط الحد عن الكل (أن يكون المال مشتركا بين المقطوع عليهم) وفي

(٣٥ - فتح القدير رابع) والاتقاني (قوله وأجيب باننا نفرض المسئلة الخ) أقول الجيب هو الكاكي والاتقاني (قال المصنف قول أبي حنيفة وزفر) أقول أي قوله ما قول واحد فلا غبار في قوله وعن أبي يوسف قال المصنف (لو باشر العقلاء) أقول أطلق العقلاء ليدل على الكمال فالمراد العقلاء البالغون

وفي قطع الطريق ذورحم محرم من أحدهم فإنه لا يجب الحد على الباقي لان المأخوذ شي واحد فاذا امتنع عن أحدهم بسبب القرابة امتنع عن الباقي وأما اذا كان لكل واحد منهم مال مفرد فالحد يجري عليهم لان الاخذ من كل واحد منهم لا يتعلق له بغيره كالمسروق من حرز ذى الرحم المحرم من أحدهم مالا من حرز اجنبى مالا آخر بخلاف ما اذا سرقوا من حرز ذى الرحم المحرم ماله ومال غيره لان الشبهة هناك في الحرز ولا معتبر بالحرز (٣٧٤) في قطع الطريق فكل واحد حافظ لماله (والاصح انه مطلق) أى ليس بمقيد

بكون المال مشتركاً (لان الجناية واحدة على ماذ كراه) لابي حنيفة وزفر (فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقيين) بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز آخر لان كل واحد من الفعلين يفصل عن الآخر حقيقة - وحكما وقوله (بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن) جواب سؤال تقديره قطع الطريق على المستامن لا يوجب الحد كالقطع على ذى الرحم المحرم ثم وجود هذا في القافلة يسقط الحد فينبغي أن يسقط وجود المستامن فيهم أيضا وتقرير الجواب أن الامتناع في حق المستامن لخلل في العصمة (وهو) أى الخلل (يخص المستامن) فلا يصير شبهة لان النسبة في غير الحرز لا تؤثر في الذى لا شبهة فيه كما اذا سرق الخمر وعشرة دراهم وأما وجود ذى الرحم المحرم من قطع الطريق فيبورت شبهة في الحرز لان القافلة بمنزلة بيت واحد فكان هذا كقريب سرق مال القريب ومال الاجنبى من بيت القريب فإنه لا يقطع لشبهة تمكنت في الحرز وقوله (ومن قطع الطريق) ظاهر

والاصح أنه مطلق لان الجناية واحدة على ماذ كراه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقيين بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه أما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد (واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء) لظهور حق العبد على ماذ كراه (فان شأوا قتلوا وان شأوا عفووا واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد) لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة (ومن قطع الطريق ليلا أو نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق) استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعى لوجوده حقيقة

القطع ذورحم محرم من أحدهم فلا يجب الحد على الباقي باعتبار نصيب ذى الرحم المحرم ونصيب شبهة في نصيب الباقي فلا يجب الحد عليهم لان المأخوذ شي واحد فاذا امتنع في حق أحدهم بسبب القرابة امتنع في حق الباقي فاما اذا لم يكن المال مشتركاً لم يأخذوا المال الا من ذى الرحم المحرم فكذلك وان أخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المأخوذ من ذلك الغير (والاصح أنه مجرى على الاطلاق) وأنهم لا يحدون بكل حال لان مال جميع القافلة في حق قطع الطرق كشي واحد لا يحد به حرز واحد وهو القافلة (والجناية واحدة) وهي قطع الطريق (فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقيين) بخلاف السرقة من حرز لان كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الآخر حقيقة وحكما واذا كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطع لا يحدون كذى الرحم المحرم (قوله) بخلاف ما اذا كان فيهم) أى في المقطوع عليهم وهو القافلة (مستامن) جواب عن مقدروا أن القطع على المستامن وحده لا يوجب الحد القطع كما على ذى الرحم المحرم ثم عند اختلاط ذى الرحم القاطع مع غيره من القافلة صار شبهة في الحد فكذا يجب عند اختلاط المستامن كذلك وليس كذلك بل يقام الحد عليهم أجاب بأن (الامتناع في حق المستامن انما كان لخلل في عصمة نفسه وماله وهو امر يخصه أما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد) فيصير كأن القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب (واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء ان شأوا عفووا وان شأوا اقتصوا) ويجرى الحال في المال على ماذ كرم من قريب ولو لم يقع القتل والاخذ الا في المستامين لاحد عليهم ولكن يضمنون أموال المستامين لثبوت عصمة أموالهم للمال وان لم يكن معصوما على التأيد والله تعالى أعلم (قوله) واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه في دار واحدة فلا يجب الحد واذا لم يجب الحد وجب القصاص في النفس ان قتل عمدا بحديدة أو بسمكة - ل عند ما ورد المال ان أخذه وهو قائم وضمانه ان هلك أو استهلكه (قوله) ومن قطع الطريق ليلا أو نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة) وهي منزل النعمان ابن المذفر قريب من الكوفة بحيث يتصل عمران احدهما بالآخرى (فليس بقاطع الطريق استحسانا) وكذا بين القريتين وحده بعضهم مكان القطع أن يكون في قرية بينهما وبين المصر مسيرة سفر في ظاهر الرواية (وفي القياس) أن (يكون قاطعا وهو قول الشافعى) فان في وجيزهم من أخذ في البلاد مالا مغالبة

فهو

فانه لا يقطع لشبهة تمكنت في الحرز وقوله (ومن قطع الطريق) ظاهر

(قوله ذى الرحم المحرم من أحدهم) أقول أى ذى رحم من أحد السراق قال المصنف (فصارت القافلة كدار واحدة) أقول الاولى كبيت واحد لانه لا يكون في الدار الواحدة مقاصير كما سبق

وعن أبي يوسف أنه يجب الحد إذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه إن قاتلوا
نهارا بالسلاح أو ليلا به أو بالخشب فهم قطع الطريق لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ باليالي
ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وبقر منه لان الظاهر لحوق الغوث
الا أنهم يؤخذون ببرد المال ايصال الحق الى المستحق ويؤدون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا
فالا مرفيه الى الاولياء لما ينال (ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة) وهي مسئلة
القتل بالمدقة وسنين في باب الديات ان شاء الله تعالى (وان خنق في المصر غير مرة قتل به) لانه صار ساعيا
في الارض بالفساد في دفع شره بالقتل والله تعالى أعلم

فهو قاطع طريق (وعن أبي يوسف أنه إذا كان خارج المصر ولو بقرب منه يجب الحد لانه لا يلحقه الغوث)
لانه محارب بل مجاهره هنا غلط من مجاهرته في المفازة ولا تفصيل في النص في مكان القطع وعن مالك
كل من أخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب وعنه لا محاربة الا على قدر ثلاثة
أميال من العمران وتوقف أحد مرة وأكثر أصحابه أن يكون بموضع لا يلحقه الغوث (وعن أبي
يوسف) في رواية أخرى ان قصده بالسلاح نهارا في المصر فهو قاطع وان كان بغيره من الخشب ونحوه
فليس بقاطع وفي الليل يكون قاطعا بالخشب والجر (لان السلاح لا يلبث) فيتحقق القطع قبل الغوث
(والغوث يبطئ باليالي) فيتحقق بلا سلاح وفي شرح الطحاوي الفتوى على قول أبي يوسف قال
المصنف (ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وما يقرب منه لان الظاهر
لحوق الغوث) وأنت تعلم أن الحد المذكور في الآية لم ينط بمسمى قطع الطريق وانما هو اسم بين الناس
وانما أنيط بمحاربة عباد الله على ما ذكرنا من تقدير المضاف وذلك يتحقق في المصر وخارجه ثم هذا الدليل
المذكور لا يفيد تعيين مسيرة ثلاثة أيام بين المصر والقاطع ولا شك في أن ليس لحوق الغوث في ذلك
المقدار ظاهر أو هو ما علل به لظاهر وإذا قلنا إنهم ليسوا قاطعا فسيلهم أن يضربوا ويحبسوا وان قتلوا
لزم القصاص وأحكامه وان أخذوا ولا ضمنوه إذا تلفوه وعلى تقدير أنهم قطع الطريق ان قتلوا قتلوا واحدا فلا
يقبل عفو الا ولياء فيهم ثم لا يضمنون على ما سمعت وقوله (لما ينال) أي من قوله لظهور حق العبد
عند ادفاع الحد (قوله) ومن خنق رجلا حتى قتله لزمته الدية على عاقلته عند أبي حنيفة وهي مسئلة
القتل بالثقل وسنين ان شاء الله تعالى في الديات وظاهر أن البست مسئلة الثقل وانما المعنى أنها
مثلها في ثبوت الشبهة عنده في المحدث كانت الآية فيها قصور بوجوب التردد في انه قصده قتل به هذا
الفعل أو قصد المبالغة في ايلامه وادخال الضرر على نفسه فانفق مونه وعدم احتماله لذلك (فان خنق
غير مرة قتل) الا لانه ظهر قصده الى القتل بالخنق حيث عرف افضاؤه الى القتل ثم صار يعتمد
(ولانه صار ساعيا في الارض بالفساد) وكل من كان كذلك (يدفع شره بالقتل) (فروع) نص
في الاصل على أن العبد والمرأة في حكم قطع الطريق كغيرهما أما العبد فظاهر وأما المرأة فكغيرها في
السرفسة الكبرى في ظاهر الرواية وهو اختيار الطحاوي لأن الواجب قطع وقتل وهي كالرجل في جريان
كل منهما عليها عند تحقق السبب منها وذكر الكرخي أن حد قطع الطريق لا يجب على النساء لان
السبب هو المحاربة والمرأة باصل الخلقة ليست محاربة كالصبي الا يرى أنها في استحقاق ما يستحق
بالمحاربة وهو السهم من الغنمة لا يسوي بين الرجل والمرأة فكذا في العقوبة المستحقة بالمحاربة ولكن
يرد على هذا العبد فانه لا يساوي الحر في استحقاق الغنمة ويساويه في هذا الحد وفي الصبيان والمجانين
لعدم أهلية العقوبة وذلك لا يوجد في النساء وذكر هشام في نوادره عن أبي يوسف اذا قطع قوم
الطريق ومعهم امرأة فباشرت المرأة القتل وأخذت المال دون الرجال فانه يقام الحد عليهم لاعتبارها وقال
محمد يقام عليها ولا يقام عليهم وذكر ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة أنه يدرا عنهم جميعا لكون المرأة

وقوله (ولا يتحقق ذلك في
المصر وبقر منه) قدر
البعدين بين المصرين
وبين القطع مسيرة
سفر في ظاهر الرواية
وقوله (لما ينال) اشارة
الى قوله لظهور حق العبد
وقوله (ومن خنق رجلا)
بالتخفيف من خنقه
اذا عصر حلقه والخنق
فاعله ومصدره الخنق بكسر
النون ولا يقال بالسكون
كذا عن الفارابي

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسيرة النبي عليه الصلاة والسلام في مغازيه فيهم وجعل المرأة كالصبي والعجب عن يذ كرهذه أعنى كون المرأة مع الرجال في القطع ثم يقتصر على ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيها ويذكر حاصل هاتين الروايتين عنهما ويترك نقل ما في المبسوط من أنها كالرجال منسوباً إلى ظاهر الرواية مع مساعدة الوجه وورود النقص الصحيح على مختار الكرخي بالعبد كما ذكرنا وعن نقل ذلك صاحب الدراية وصاحب الفتاوى الكبرى والمصنف في التجنيس وغيرهم مع ضعف الواجهة المذكورة في التفرقة مثل الفرق بضعف البينة في أصل الخلقة ومثل ذلك من الكلام الضعيف مع مصادمته اطلاق الكتاب في المحاربين ولا قوة الا بالله وما في النوازل من قوله عشر نسوة قطع الطريق فقتلن وأخذن المال قتلن وضمنن المال بناء على غير الظاهر من انهن لسن محاربات وعلاه بان المرأة اذا قاتلت العدو وأسرت لم تقتل وانما قتلن بقتلهن والضمنن لاختذهن المال وبنت قطع الطريق بالافرار مرة واحدة وأبو يوسف شرط مرتين كقوله في السرقة الصغرى وبقبل رجوع القاطع كما في السرقة الصغرى فيسقط الحد ويؤخذ بالمال ان كان أقربيه معه وبالبينة بشهادة اثنين على معاينة القطع أو الاقرار فلو شهد أحدهما بالمعاينة والاخر على اقرارهم به لا يقبل ولا تقبل الشهادة بالقطع على أبي الشاهد وان علا وابنه وان سفل ولو قالا قطعوا علينا وعلى أصحابنا وأخذوا مالنا لا يقبل لانهم شهدا لأنفسهم ما ولو شهدوا أنهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولي يعرف أو لا يعرف لا يقيم الحد عليهم إلا بحضور من الخصم ولو قطعوا في دار الحرب على تجار مستأمنين أو في دار الاسلام في موضع غلب عليه أهل البغي ثم أتى بهم إلى الامام لا يعصى عليهم الحد لانهم باسروا والسبب حين لم يكونوا تحت يده وفي موضع لا يجرى به حكمه فلم ينعقد فعلهم موجباً عليه الاقامة عليهم فلا يفعله ومثله تقدم في الزنا في دار الحرب ولو رفعوا إلى قاض يرى تضمينهم المال فضمهم وسلمهم إلى أولياء القود فصالحوهم على الديات ثم رفعوا بعد زمان إلى قاض آخر لم يقم عليهم الحد لما تقدم العهد وفيه نظر وألعدم الخصم وقد سقط خصومتهم بما وصل اليهم واقضاء الاول فيتم بذلك لفضاذه هوى في فصل مجتهد فيه من تقرر الضمان واذ اقضى القاضي عليهم بالقتل وجسهم لذلك فذهب أجنبي فقتلهم لاشئ عليه وكذا لو قطع يده لانه لما سقطت حرمة نفسه سقطت حرمة أطرافه ولو قتله قبل الثبوت عليه ثم قامت البينة بقطعه للطريق اقتصر منه لانه قد ل نفسه معصومة ثم لا يقضى القاضي بحل دمه بهذه البينة بعد ما قتل لقوات المحل فوجود هذه البينة كعدمها الا أن يكون القاتل ولي الذي قتله القاطع في قطع الطريق فلا يلزمه شئ لظهور أنه استوفى حق نفسه ولو أن لصوصاً أخذوا متاع قوم فاستغنوا ويقوم وخرجوا في طلبهم ان كان أرباب المتاع معهم حل قتالهم وكذا اذا غابوا واخرجوا يعرفون مكانهم ويقدر على رد المتاع عليهم وان كانوا لا يعرفون مكانهم ولا يقدر على الرد عليهم لا يجوز لهم أن يقتلواهم لان القتال للاسترداد للرد على أرباب الاموال ولا قدرة على الرد ولو اقتتلوا مع قاطع فقتلوا لاشئ عليهم لانهم قتلوه لاجل مالهم فان فر منهم إلى موضع أوتر كوه لا يسد على قطع الطريق عليهم فقتلوا كان عليهم الدية لانهم قتلوه لاجل مالهم وكذا لو فر رجل من القطار فلهفوه وقد ألقى نفسه في مكان لا يقدر معه على قطع الطريق فقتلوه كان عليهم الدية لان قتلهم اياه لاجل الخوف على الاموال ويجوز للرجل أن يقتل دون ماله وان لم يبلغ نصاباً ويقتل من يقتله عليه لا طلاق قوله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد

كتاب السير

أورد الجهاد عقيب الحدود لانه بعد أن ناسبها وجهين بانحداد المقصود من كل منها ومن مضمون هذا

قدم الحدود على السير لان كل واحد منهما حسن لمعنى في غيره وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور به الا أن الحدود معاملة مع المسلمين غالباً أو على الخصوص في حد الشيب وفي السير المعاملة مع الكفار وتقدم ما بالمسلمين أولى (والسير جمع سيرة) وهي فعله من السير (وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسيرة النبي صلى الله عليه وسلم في مغازيه) قال في المغرب أصل السيرة حالة السير الا أنها غلبت في لسان الشرع على أمور المغازي وما يتعلق بها كالناسك على أمور الحج والمغازي جمع المغزاة من غزوت العدو قصده للقتال وهي الغزوة والغزاة والمغزاة

كتاب السير

(قوله وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور به) أقول احتراز عن مثل الوضوء فان ذلك الغير فيه لا يتأدى بفعل المأمور به بل يقتصر إلى اتيان به على حدة وهو الصلاة وتفصيله في كتب الاصول في باب الامر (قوله الا أن الحدود معاملة مع المسلمين الخ) أقول أي بلا اراد شئ أجنبي بينهم فلا يرد أن يقال يكفي في بيان وجه التقديم أن يقال لان

الحدود معاملة مع المسلمين الخ وما عداها غير محتاج إليه

الكتاب وهو اخلاء العالم من الفساد ويكون كل منهما حسن لحسن لغيره وذلك الغير وهو اعلاء كلمة الله تعالى بتأدي بفعل نفس المأمور به وهو القتال وجب تأخيرها عنها الوجهين كون الفساد المطلوب الاخلاء عنه بالجهد أعظم كل فساد وأقبحه والعادة في التعاليم الشرع فيها على وجه الترتيب من الأدنى الى ما هو أعلى منه وكونه معاملة مع الكفار والحدود معاملة مع المسلمين وتقدير ما يتعلق بالمسلمين أولى ولا يخفى أن له مناسبة خاصة بالعبادات فلذا أورد به بعض الناس عقيبها قبل السكاح لانه عبادة محضة بخلاف السكاح (والسير جمع سيرة) وهي فعلة بكسر الفاء من السير فيكون لبيان هيئة السير وحالته لان فعلة للهيئة بجلسة وخبرة وقد استعملت كذلك في السير المعنوي حيث قالوا في عمر بن عبد العزيز سار فينا بسيرة العمرين لكن غلب في لسان أهل الشرع على الطرائق المأمور بها في غزو الكفار وكان سبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة وقد يقال كتاب الجهاد وهو أيضا أعم غلب في عرفهم على جهاد الكفار وهو دعوتهم الى الدين الحق وقتالهم إن لم يقبلوا وفي غير كتب الفقه يقال كتاب المغازي وهو أيضا أعم جمع مغزاة مصدرا سماعيا الغزاة الاعلى الوحدة والقياس غزو وغزوة للوحدة كضربة وضرب وهو قصد العدو للقتال خص في عرفهم يقتال الكفار هذا وفضل الجهاد عظيم وكيف لا وحاصله بذل أعز المحبوبات وادخال أعظم المشقات عليه وهو نفس الانسان ابتغاء مرضاة الله تعالى وتقربا بذلك اليه سبحانه وتعالى وأشق منه قصر النفس على الطاعات في النشاط والكسل على الدوام ومجانبة أهويتها ولذا قال عليه الصلاة والسلام وقد رجع من مغزاة رجعتنا من الجهاد الا صغرا الى الجهاد الا كبر ويدل على هذا أنه عليه الصلاة والسلام أخره في الفضيلة عن الصلاة على وقتها في حديث ابن مسعود قلت يا رسول الله أي الأعمال أفضل قال الصلاة على ميعاتها قلت ثم أي قال بر الوالدين قلت ثم أي قال الجهاد في سبيل الله ولو استزددته لزادني رواء البخاري وقد جاء أنه صلى الله عليه وسلم جعله أفضل بعد الايمان في حديث أبي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي العمل أفضل قال ايمان بالله ورسوله قيل ثم ماذا قال الجهاد في سبيل الله قيل ثم ماذا قال حج مبرور متفق عليه وهذه وان كانت صورة معارضة لكن الجمع بينهما يحمل كل على ما يليق بحال السائل فاذا كان السائل يليق به الجهاد لما علمه من تهيمته واستعداده زيادة على غيره كان الجهاد بالنسبة اليه أفضل ممن ليس مثله في الجلالة والغناء وفيه نظر لان المذكور في الحديث السابق الصلاة على وقتها وتلك هي الفرائض وفي هذا لا يتردد في أن المواظبة على أداء فرائض الصلاة وأخذ النفس بها في أوقاتها على ما هو المراد من قوله الصلاة على ميعاتها أفضل من الجهاد ولان هذه فرض عين وتكرر والجهاد ليس كذلك ولان اقتراض الجهاد ليس الا للايمان واقامة الصلاة فكان مقصودا وحسنا لغيره بخلاف الصلاة حسنة لعينها وهي المقصود منه على ما صرح به عليه الصلاة والسلام في حديث معاذ وفيه طول الى أن قال والذي نفس محمد بيده ما شرب وجه ولا اغبرت قدم في عمل يفتني به درجات الاخرة بعد الصلاة المفروضة بجهاد في سبيل الله صححه الترمذي واذ لا شك في هذا عندنا وجب أن يعتبر كل من الصلاة والزكاة مرادة بلفظ الايمان في حديث أبي هريرة ويكون من عموم المجاز أو يرجح زيادة فقه الراوي وهو ابن مسعود رضي الله عنه وبما عارضه من الاحاديث السابقة والحق أنه ليس فيه معارضة لانه لم يذكر الصلاة فيه أصلا فانما فيه أنه جعل الجهاد بعد الايمان وهو يصدق اذا كان بعد الصلاة وهي قبله بعد الايمان فلا معارضة الا اذا نظرنا الى المقصود ومن الاحاديث في ذلك ما عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مقام الرجل في الصف في سبيل الله أفضل عند الله من عبادة الرجل ستين سنة رواء الحاكم وقال على شرط البخاري وعن أبي هريرة قيل يا رسول الله ما يعدل الجهاد في سبيل الله قال لا تستطيعونه فأعادوا عليه مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لا تستطيعونه

قال (الجهاد فرض على الكفاية)

قال المصنف (الجهاد فرض على الكفاية) أقول أي فرض لاجل كفاية مهـمـ ديق على أن يكون على التعليل كما في قوله تعالى ولنكبروا الله على ما همداكم أي لهدايتهم أياكم ويجوز أن يكون للصاحبة كما في قوله تعالى وآتى المال على حبه ويجوز أن يكون المضاف مـهـمـ درا وعلى الاستعلاء أي على أهل الكفاية على أن المصدر بمعنى اسم الفاعل أي على الكفاية فيكون المراد نقرر الفرضية والافهوفرض على الكل ابتداء على المختار وفي المحيط البرهاني والذخيرة قال أبو حنيفة الجهاد واجب على المسلمين إلا أن المسلمين في سعة من ترك الجهاد حتى يحتاج اليهم واختلف عبارة المشايخ في ذلك قال بعضهم الجهاد واجب على المسلمين فإذا جاء النفي فهو فرضية وفرق هذا القائل بين الفريضة والواجب والفرق بينهما ظاهر نظر إلى الأحكام حتى إن الصلاة المنذورة لا تؤدي بعد صلاة العصر وتقتضي الفوائت بعد العصر وبعضهم قال الجهاد قبل النفي تطوع (٣٧٨) وبعد النفي فرض عين ومنه سمي الفزاة مطوعة أي متطوعة قال الله تعالى الذين يلزون

قال (الجهاد فرض على الكفاية)

ثم قال مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم القانت بآيات الله لا يفتر عن صلاته ولا صيامه حتى يرجع المجاهد في سبيل الله متفق عليه وعن أبي هريرة رضي الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام من أحببس فرسا في سبيل الله أعاننا بالله ونصه يدقاوعدة فإن شبعه وره ورونه وولته في ميزانه يوم القيامة رواء البخاري ومن توابع الجهاد الرباط وهو الإقامة في مكان يتوقع هجوم العدو فيه لقصد دفعه لله تعالى والأحاديث في فضله كثيرة منها ما في صحيح مسلم من حديث سلمان رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول رباط يوم في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه وإن مات فيه أجرى عليه عمله الذي كان يعمل وأجرى عليه رزقه وأمن الفتان رواء مسلم زاد الطبراني وبعث يوم القيامة شهيدا وروى الطبراني بسند ثقات في حديث مرفوع من مات رباطا آمن من الفزع الأكبر ولفظ ابن ماجه بسند صحيح عن أبي هريرة رضي الله عنه يوم القيامة آمن من الفزع وعن أبي امامة عنه عليه الصلاة والسلام قال إن صلاة الرباط تعدل خمسمائة صلاة ونفقة الديار والدرهم منه أفضل من سبعمائة دينار ينفعه في غيره هذا واختلف المشايخ في الحل الذي يتحقق فيه الرباط فإنه لا يتحقق في كل مكان ففي النوازل أن يكون في موضع لا يكون وراءه اسلام لان مادونه لو كان رباطا فكل المسلمين في بلادهم مرابطون وقال بعضهم إذا أغار العدو على موضع مرة يكون ذلك الموضع رباطا إلى أربعين سنة وإذا أغار وأمرتين يكون رباطا إلى مائة وعشرين سنة وإذا أغار واثلاث مرات يكون رباطا إلى يوم القيامة قال في التناوي الكبرى والمختار هو الأول واعلم أن ما ذكر من كون محل الرباط ما وراء المسلمين ذكر في حديث عن معاذ بن أنس عنه عليه الصلاة والسلام من حرس من وراء المسلمين في سبيل الله تبارك وتعالى متطوعا لا يأخذه سلطان لم ير النار بعينه إلا تحلة القسم فإن الله يقول وإن منكم إلا واردة رواء أبو يعلى وفيه ابن محتمل في المتابعات وليس يستلزم كون ذلك باعتبار المكان فقد وردت أحاديث كثيرة ليس فيها سوى الحراسة في سبيل الله ولتختتم هذه المقدمة بحديث البخاري عن أبي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال نعم عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد الخيصة زاد في رواية وعبد القطيقة إن أعطى رضى وإن لم يعط سخط نعم واتكس وإذا شئت فلا تنقش طوبى لعبد أخذ بئنا فـهـ في سبيل الله أشعث رأسه مغبرة قدماء إن كان في الحراسة كان في الحراسة وإن كان في الساقية كان في الساقية إن استأذن لم يؤذن له وإن شفع لم يشفع (قوله الجهاد فرض على الكفاية

المطوعين من المؤمنين أراد المتطوعين وأكثرهم أنه فرض على كل حال غير أنه قبل النفي فرض كفاية وبعد النفي فرض عين وانما عرفت فرضيته بالكتاب قال الله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم انتهى ونحن نقول هذا يدل على أن مراد صاحب الهداية بقوله الجهاد فرض على الكفاية هو الفرض القطعي الذي يكفر بإحده فارقيل فيلزم أن يكفر من قال بوجوبه أو استحبابه من أصحابنا ومن غيرهم حيث قال السرخسي في المحيط الجهاد فرضية محكمة وفرضية محتومة يكفر بإحدها ويضل عاندها وكذا قال صاحب الاختيار الجهاد فريضة محكمة ويكفر بإحدها ثبت فرضيتها بالكتاب والسنة واجماع الأئمة قلنا انما يكفر من كفر الفرض لو لم يكن مؤولا قال في معراج الدراية وأجعت الامة على

فرضية الجهاد وفي الايضاح خبر الواحد إذا تأيد بالكتاب والسنة والاجماع يفيد الفرضية وههنا كذلك قوله إذا وهو أي الجهاد فرض على الكفاية وبه قال أكثر أهل العلم إلا ابن المسيب فإنه قال فرض عين للعمومات في النصوص وحكي عن ابن شبرمة والنوري أنه غير واجب وهكذا روى عن ابن عمر وسئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب قالوا ما علمناه واجبا وقالوا قوله تعالى كتب عليكم القتال للندب كما في قوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية انتهى فإن قيل قوله وأجعت الامة على فرضية الجهاد مخالف لما يقوله بعده من أنه حكي عن ابن شبرمة والنوري أنه غير واجب وهكذا روى عن ابن عمر وسئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب قالوا ما علمناه واجبا قلنا قوله حكي يدل على أن لهم اقولا آخر هو أظهر القولين منهما وهو القول بالوجوب وسيؤول كلام ابن عمر وعطاء وعمرو بن دينار بأن مرادهم الفرضية على الكفاية نعم لا يلائم ذلك التاويل قوله وقالوا قوله تعالى كتب عليكم القتال للندب كما في قوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية فليتنامل

فيل الجهاد هو الداء الى الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال وسببه كون الكفار حربا علينا وهو فرض كفاية (اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقي) اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين (وهو دليل قطعي فيفد الفرضية) ولقوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ما مضى الى يوم القيامة) أي نافذ من مضى في الارض مضى اذا نفذ فان قيل كيف يصح التمسك على دعوى الفرضية بخبر الواحد أجيب بأن خبر الواحد اذا تأيد بالحجة القطعية صح اضافة الفرضية اليه وههنا تأيد هذا الحديث بقوله تعالى فاقتلوا وبالاجماع وفيه نظر لاننا نسلم انه اذا تأيد بالقطعي أضاف الفرضية فان الفرضية حينئذ تكون بآية بذلك القطعي لا بخبر الواحد ويمكن ان يقال الخبر لم يذكره للدلالة على الفرضية بل لبيان دوامه وبقائه الى يوم القيامة فان الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك وخبر الواحد جاز أن يكون بيانا لما احتمله النص (واما كونه فرضا على الكفاية فلانه ما فرض لعينه لكونه افسادا في نفسه) بتخريب البلاد واقناء العباد لكن (لا عزازدين الله ودفع الشر عن العباد

(قوله قبل الجهاد هو الداء) أقول القائل صاحب النهاية نقلا عن التحفة وهو لتعريف الجهاد الشرعي (قوله الى الدين) أقول أي الى حكم الدين (قوله بالنفس والمال) أقول الواو هنا بمعنى أو قال المصنف (أما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين) أقول فان قيل انه عام خص منه البعض وهو لكونه حجة فيها شبهة لا يصلح (٢٧٩) دليل الفرضية وانما قلنا إنه خص

منه البعض فانه قد خص من قوله تعالى فاقتلوا الصبيان والمجانين والعبيد والنساء والاعمى والمقعذ وخص من المشركين أيضا المستأمن والذي قلنا أما تخصيص الصبيان والمجانين من الامر فبالعقل كما صرح به في كتب الاصول فلا يقدح في قطعية النص وأما تخصيص البواقي فلان سلم انه ليس بطريق النسخ وأيضا لان سلم انه قد خص المستأمن والذي ونحوه مما من المشركين لم لا يجوز أن يكون اللام للعهد

اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقي) أما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين ولقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ما مضى الى يوم القيامة وأراد به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لا عزازدين الله ودفع الشر عن العباد

اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقي) وهذا واقع موقع تفسير فرض الكفاية (أما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين) حيث وجدتموهم وقوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر وقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقوله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة وقوله تعالى انفر واخفوا وثقالا واجاهدوا باموالكم وانفسكم في سبيل الله وقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله والتخصيص المعتبر عند أهل الاصول قصر العام على بعض ما يتناول به دليل مستقل لفظي مقارن للمعنى وبهذه ينتهي ما نقل عن الثوري وغيره أنه ليس بفرض وأن الامر به للندب وكذا كتب عليكم كقوله كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تروا خيرا الوصية ونقل عن ابن عمر ويجب عليه ان يصح على أنه ليس بفرض عين فان قلت كيف يثبت الفرض وهي عمومات مخصوصة والعام المخصوص ظني الدلالة وبه لا يثبت الفرض والجواب أن المخرج من الصبيان والمجانين مخصوص بالعقل على ما عرفت وبالتخصيص به لا يصير العام ظنيا وأما غيرهما فنفس النص ابتداء تعلق بغيره ما فلم يكن من قبيل المخصوص وذلك أن النص مقرون بما يقيد به بغيره وهو من بحيث يحارب لقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة فأفاد أن قتالنا المأمور به جزاء لقتالهم ومسبب عنه وكذا قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة أي لا تكون منهم فتنة

والمعهودون هم الذين ذكروا في قوله وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم فتأمل على أنه لا يبعد أن يكون المصنف منخرطا في سلك العلماء القائلين بان تخصيص العموم لا يضري كون العام قطعيا في الباقي وما ذكرناه هو الخاص عما أورد على الشارح الا كل حيث قال وهو دليل قطعي قال المصنف (ولقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ما مضى الى يوم القيامة وأراد به فرضا باقيا) أقول الفرضية مستفادة من قوله ما مضى أي نافذ والنفاذ انما هو في الفرض من بين الاحكام فان في الندب والاباحة لا يجب الامتنال والبقاء من كلمة الى فانه يدل على تضمين معنى الامتداد والبقاء وقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ما مضى من مضى الامر نفذ فليتأمل وفي الايضاح خبر الواحد اذا تأيد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية وههنا كذلك كذا في معراج الدراية وقال السرخسي أيضا في محبطه قال عليه الصلاة والسلام الجهاد ما مضى من مضى يعني الله الى يوم القيامة حتى تقاتل عصاة من أمي الدجال وأراد بقوله ما مضى أي فرض واجب اه فان قيل لم لا يجوز أن يكون الماضي بمعنى الذهاب وفي الصحاح مضى الشيء مضى اذهب أي اذهب باق الى يوم القيامة فلا يتجه الاستدلال قلنا الذهاب في تفسير الماضي كما وقع في الصحاح بمعنى الخلو تلك أمة قد خلت قال المصنف (لانه ما فرض لعينه الخ) أقول تقرير الدليل ان الجهاد مفروض لغيره فهو فرض الكفاية اذا حصل المقصود بالبعض وانما قلنا ذلك لثلاثا ينتقض الدليل بالنظر العام فانه مفروض لغيره مع فرض عين لعدم حصول المقصود بالقيام الكل بشي الى ذلك قوله وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فليتأمل

فإذا حصل المقصود ببعض سقط عن الباقي كصلاة الجنازة ورد السلام والمراد بالكراع الخيل

(قوله كصلاة الجنازة ورد السلام) أقول فأنهم ما في أنفسهم ليس لهم ما حسن يدل عليه أنهم ما بدون الميت والمسلم عبث بل حسنهما لمعنى في غيرهما وهو قضاء حق المسلم الميت أو الحي كذا ذكره القاضي الإمام أبو زيد (قال المصنف أثم جميع الناس يتركه لأن الوجوب على الكل) أقول لا ينبغي أن يفهم منه (٣٨٠) أن الوجوب على جميع أهل الأرض كافة حتى يسقط عن أهل الهند بقيام أهل

فإذا حصل المقصود ببعض سقط عن الباقي كصلاة الجنازة ورد السلام (فإن لم يقم به أحد أثم جميع الناس بتركه) لأن الوجوب على الكل ولأن في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية (الأن يكون النفير عاما) فيثبت بصير من فروض الاعيان

للمسلمين عن دينهم بالا كراه بالضرب والقتل وكان أهل مكة يفتنون من أسلم بالتعذيب حتى يرجع عن الاسلام على ما عرف في السير فأمر الله سبحانه بالقتال لكسر شوكتهم فلا يقدر على تقنين المسلم عن دينه فكان الامر ابتداء بقتال من بحيث يحارب من المشركين بالحديث الصحيح وقد أكد هذا قوله صلى الله عليه وآله وسلم في بعض الروايات الصحيحة لحديث النهي عن قتل النساء حين رأى المقتولة ما كانت هذه تقاتل وأما قوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيامة فدليل على وجوبه وأنه لا ينسخ وهذا لأن خبر الواحد لا يفيد الافتراض وقول صاحب الايضاح اذا تأيد خبر الواحد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية ممنوع بل المفيد حيث ذل الكتاب والاجماع وجاء الخبر على وفقهما والحديث رواه أبو داود من حديث أنس رضي الله عنه قال قال صلى الله عليه وسلم من حديث والجهاد ماض منذ بعثني الله الى أن يقاتل آخر أمي الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل والاعيان بالاقدار فيه يزيدن أبي شيبة من بني سليم لم يرو عنه الاجعفر بن برقان وعن هذا والله أعلم قال المنذري هو في معنى المجهول ولا شك أن إجماع الامة أن الجهاد ماض الى يوم القيامة لم ينسخ فلا يتصور نسخه بعد النبي صلى الله عليه وسلم وأنه لا فائت أن يقتل آخر الامة الدجال ينتهي وجوب الجهاد وأما كونه على الكفاية فلا لأن المقصود منه ليس مجرد إبادة المكافين بل إعرار الدين ودفع شر الكفار عن المؤمنين بدليل قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله (فإذا حصل ذلك ببعض سقط) هو لمحصل ما هو المقصود منه (كصلاة الجنازة) المقصود منها قضاء حق الميت والاحسان اليه وذهب ابن المسيب الى أنه فرض عين غسكا بعين الأدلة المذكورة إذ جعلها يثبت فروض الاعيان قلنا نعم لولا قوله تعالى لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر والمجاهدون الآية الى قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وفضل الله المجاهدين على القاعدین أجزا عظيما ولأنه لو كان عيننا لا اشتغل الناس كلهم به فباعتل المعاش على ما لا يخفى بالزراعة والطلب بالتجارة ويستلزم (قطع مادة الجهاد من الكراع) يعني الخيل (والسلاح) والاقوات فيؤدي إيجابه على الكل الى تركه للجز (فلزم أن يجب على الكفاية) ولا يخفى أن لزوم ما ذكرنا يثبت اذا لزم في كونه فرض عين أن يخرج الكل من الامصار دفعة واحدة وليس ذلك لازما بل يكون كالخج على الكل ولا يخرج الكل بل يلزم كل واحد أن يخرج في مرة طائفة وفي مرة طائفة أخرى وهكذا وهذا لا يستلزم تعطيل المعاش فالمعول عليه في ذلك نص لا يستوى القاعدون ثم هذا اذا لم يكن النفير عاما فان كان) بأن هجوموا على بلدة من بلاد المسلمين (فبصير من فروض الاعيان) سواء كان المستنفر عدلا أو فاسقا فيجب على جميع أهل تلك البلدة النفير وكذا من يقرب منهم ان لم يكن باهلها كفاية وكذا من يقرب عن يقرب ان لم يكن عن يقرب كفاية أو نكاساوا

الروم اذا لا يتدفع بقيامهم الشرع عن اليهود المسلمين وان قوله تعالى قاتلوا الذين يلوونكم من الكفار يدل على أن الوجوب على أهل كل قطر يقربون الكفار هذا مما نسخ به الخطا الفاتر بعون الله الملك القادر ثم أقول في قوله أثم جميع الناس لأن الوجوب على الكل بحث لأن من قال الوجوب على البعض يقول يكون الجميع أثم على تقدير الترك أيضا على ما بين في الاصول (قال المصنف لأن في اشتغال الكل الخ) أقول إن قيل الامر لا يدل على التكرار فلا يلزم من كونه فرض عين أن يجب على الكل في كل وقت حتى يلزم أن تنقطع مادة الجهاد ولم لا يجوز أن يجب في العمر مرة قلنا سبب الجهاد كون الكفار حرا علينا وهو متعدد في تعدد الوجوب ثم في هذا المقام قصة عجيبه وهي أن ابراهيم باشا المقتول عقد مجلسا عاليا في حضرته فحضر أكثر الموالى وكان البحث عن أول كتاب الجهاد واعترض محمد بن

يبري باشا على قوله وهو دليل قطعي الخ بأن يقال هذا مخالف لما سيجي من الشارح نفسه من أنهم أجمعوا على أنه أو مخصوص خص منه الذمى والمستنم من جاز أن يخص منه الاستيفاسا وأجاب عنه الحافظ العجمي المشهور بأنه يجوز أن يكون بالنسبة الى الفاعل قطعيا وبالنسبة الى المفعول ظاهريا مادخله التخصيص فأقم القائل بذلك الكلام لكنه مردود فان المأمور به وهو القتل لزم أن يكون فرضا بكفر جاحده وواجبا لا بكفر عانده وذا لا يقول به الا المعتوه بل المعلوم من قواعد الاصول أن العام اذا دخله الخصوص سواء كان فاعلا او مفعولا لا يخرج الدليل المشتمل على ذلك العام من أن يكون قطعيا فلا يثبت به الفرضية

وقوله تعالى (انفروا خفا أو ثقالا) أي ركبانا ومشاة أو شبانا وشيوخا ومهازبل وسبانا أو صفا حارضا واعترض بأن قوله تعالى انفروا خفا أو ثقالا عام فإوجه تقييده بالنفير العام وأجيب بأنه رفع الحرج ولأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة فعلم بذلك اختصاصه بالنفير العام ولأن الله تعالى قال لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر إلى قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وجه الاستدلال أن الله تعالى وعد القاعدين عن الجهاد الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعد الوعيد لا الوعد ثم الجهاد يصير فرض عين عند النفير العام على من يقرب من العدو وهو يقدر عليه وأما من وراءهم فلا يكون فرضا عليهم إلا إذا احتج إليهم بما لم يجز القريب عن المقاومة مع العدو وإما التمسك فحينئذ يفرض على من يليهم ثم وثم إلى أن يفترض على جميع أهل الإسلام شرقا وغربا على هذا التدرج

(قوله فان قيل إلى قوله بخبر الواحد) أقول ثبت بخبر الواحد الفرضية على زعم المجتهد صرح به في كتب الأصول وأمثلة أكثر من أن تحصى (قوله أجيب بأن الخ) أقول الجيب والسائل هو صاحب النهاية (قوله وبالإجماع) أقول فيه بحث فان من أصحابنا من قال أنه مندوب ومنهم من قال أنه واجب غير فرض صرح به في المحيط والذخيرة (قوله ويمكن أن يقال الخبر الخ) أقول ويؤيد ما ذكره أن الحديث ليس فيه ما يدل على إرادة الفرضية وقول المصنف أراد به فرضا باقيا لا يدل على انقضاء الفرضية من سياق الحديث بل من الدلائل الأخرى فان قيل النبي عليه الصلاة والسلام مبعوث لبيان الأحكام قلنا ذلك أيضا لا يدل على تعيين الفرضية بل جواز أن يكون النذب أو الوجوب مع أن فيه تأملا لجواز أن يكون من قبيل الأخبار عن الغيب ثم المراد من (٢٨١) قول المصنف أما الفرضية الفرضية المستمرة بدليل آخر كلامه

تأمل ولك أن تقول الفرضية تستفاد من قوله عليه الصلاة والسلام ماض فأنه من مضي الأمر إذا نفذ والنافذ من بين الأحكام هو الفرض الذي لا مرد له والبقاء يستفاد من كلمة إلى فانها تتعلق بغير الامتداد كما ذكرنا (قوله فان الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك الخ) أقول

لقوله تعالى انفروا خفا أو ثقالا الآية

أو عصوا وهكذا إلى أن يجب على جميع أهل الإسلام شرقا وغربا تجهازا الميت والصلاة عليه يجب أولا على أهل محله فان لم يفعله أو عجزا وجب على من يبلدهم على ما ذكرناه كذا ذكرنا وكأن معناه إذا دام الحرب بقدر ما يصل الأبعدون وبلغهم الخبر والأفهم تكليف عمال بطاق بخلاف انقضاء الأسير وجوبه على الكل متجه من أهل المشرق والمغرب عن علم ويجب أن لا يأتهم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم أو قعود السلطان أو منعه واستدل على ذلك بقوله تعالى (انفروا خفا أو ثقالا) قبل المراد به ركبانا ومشاة وقيل شبانا وشيوخا وقيل عزابا ومتزوجين وقيل أغنياء وفقراء وينبغي أن يقال قول آخر وهو كل من هذه أي انفروا مع كل حال من هذه الأحوال وحاصلها أنه لم يعذر أحدا فأفاد العينية وفيه نظر لأن الجهاد على كل من ذكر في التفسير المذكور على الكفاية فلا يفيد تعيينها العينية بل الحق أن هذه الآية وما تقدم من الآيات كلها لإفادة الوجوب ثم تعرف الكفاية بالآية المتقدمة وأما العينية في النفير العام فبالإجماع لأنه من أغانة

(٣٦ - فتح القدير رابع) لانسلم ذلك فان نسبة أمر إلى المشتق تفيد عليه المأخذ كما في السارق والسارقة الآية والزانية والزانية الآية قال المصنف (الآن يكون النفير عاما) أقول أي الخروج إلى الحرب من نفر القوم في الأمر أو إلى السفر فنفر ونفيرا أي خرجوا (قوله وقوله انفروا خفا أو ثقالا) أقول هذه الآية الشريفة في سورة التوبة (قوله ولأن النبي عليه الصلاة والسلام كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة الخ) أقول فيه بحث فان تخلفهم كان لحفظ المدينة عن حولها من الكفار فهم أيضا مجاهدون لكنهم ليسوا سواء في الحسنى الذين خرجوا فان أفضل الأعمال أجزاها والجواب أن النفر هو الخروج فتأمل قال المصنف (يفترض) أقول أشار بصيغة الافتعال الدالة على الكمال إلى الكمال في الفرضية وهو ما لا يسقط بفعل البعض (قوله ولأن الله تعالى قال لا يستوي القاعدون إلى آخر الآية الشريفة) أقول هذه الآية الشريفة في سورة النساء وفيه بحث فان هذا مبتنى على أن يكون قوله تعالى لا يستوي الآية متأخرا من حيث النزول عن قوله تعالى انفروا الآية فان المتقدم لا يخص المتأخر وهو ممنوع كيف وهو مذكور في سورة النساء المنزلة في السنة السادسة بالمدينة وهذا في سورة التوبة التي هي آخر ما نزلت وأيضا لانسلم تخلف كثير من أهل المدينة بعد نزول هذه الآية ألا يرى ما جرى على الثلاثة الذين خلفوا من غزوة تبوك إلى قوله تعالى ما كان لأهل المدينة ومن حولهم من الأعراب أن يتخلفوا عن رسول الله وأما القول بأن تخلف البعض ضرورة حفظ المدينة من الأعداء حولها فهم أيضا من المجاهدين ليسوا سواء في الحسنى للذين يجاهدون بالسفر ففيه بحث كما أشرنا لأنه حينئذ يجب أن يخرج ما زاد على ما يدفع به تلك الضرورة مع أنه ليس كذلك على ما شهد عليه كتب السير والتواريخ (قوله يفرض على من يليهم ثم وثم الخ) أقول قوله تعالى فانازل الذين يلوونكم من الكفار الآية يدل أن الجهاد فرض على كل من يلي الكفار من المسلمين على الكفاية فلا يسقط بقيام الروم عن أهل الهند وأهل ما وراء النهر مثلا كما أشرنا إليه

وقوله (فأول هذا الكلام إشارة إلى الوجوب على الكفاية) أراد بالاول قوله رحمه الله الجهاد واجب الآن المسلمين في سعة إذا استثناه
 تكلم بالباقي بعد التثنية فكان في مجموع المستثنى والمستثنى منه إشارة إلى ذلك (وآخره) وهو قوله حتى يحتاج اليهم إلى النفير العام قال (وقتل
 الكفار) الذين امتنعوا عن الاسلام وأداء الجزية (واجب وان لم يبدؤوا بالقتال للعمومات) الواردة في ذلك كقوله تعالى فاقتلوا المشركين
 وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة كتب عليكم القتال وغيرها فان قيل العمومات معارضة بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه يدل على أن
 قتال الكفار انما يجب اذا بدأوا بالقتال أحجب بأنه منسوخ وبيانه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في الابتداء مأمورا بالصفع
 والاعراض عن المشركين بقوله فاصفع الصفع الجميل وأعرض عن المشركين ثم أمر بالعتاء إلى الدين بالموعظة والجهاد بالاحسن بقوله
 تعالى ادع إلى سبيل ربك بالحكمة الآية ثم أذن بالقتال اذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى أذن للذين يقاتلون الآية وبقوله فان قاتلوكم
 فاقتلوهم ثم أمر بالقتال ابتداء في بعض الأزمان بقوله تعالى فاذا انسلكوا الشهر الحرام فاقتلوا المشركين الآية ثم أمر بالبداءة بالقتال مطلقا
 في الأزمان كلها وفي الأماكن (٢٨٣) بأسرها فقال تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة الآية فقاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم

الآخر الآية وقوله (ولا

يجب الجهاد على صبي) ظاهر

(قوله فان قيل إلى قوله أحجب

الخ) أقول هذه الآية في

سورة البقرة وفيه بحث أما في

السؤال فانه لا عبرة عندنا

بمفهوم الشرط فلا تكون

معارضة للعمومات وعند

الفائلين به لا تعارض للنطوق

أيضا لكونه أدنى درجة منه

وأيا للمعلق بالشرط هـ و

القتل عند المسجد الحرام فان

نظم الآية الكريمة هكذا

ولا تقاتلوهم عند المسجد

الحرام حتى يقاتلوكم فيه

فان قاتلوكم فاقتلوهم كذلك

جزاء الكافرين ولا شك أنه

لا يفهم منه عدم جواز القتال

فيما سوى المسجد الحرام

بدون بداءتهم وأما في

وقال في الجامع الصـ غير الجهاد واجب الآن المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فأول هذا الكلام إشارة إلى
 الوجوب على الكفاية وآخره إلى النفير العام وهذا لأن المقصود عند ذلك لا يتصل إلا بأقامة الكل
 فيفترض على الكل (وقتل الكفار واجب) وان لم يبدؤوا للعمومات (ولا يجب الجهاد على صبي) لان
 الصبا مظنة للمرجعة

الملهوف والمظلوم هـ ذ ك الرواية وهو قول محمد (الجهاد واجب الآن المسلمين
 في سعة من تركه حتى يحتاج اليهم) قال (فأول هذا الكلام) يعني قوله واجب وانهم في سعة من
 تركه (إشارة إلى أن الوجوب على الكفاية) فانه لا يمكن أن يراد ترك الكل والالم يكن واجبا فهو ترك
 البعض (وآخره) وهو قوله حتى يحتاج اليهم (بفتح العين) اذ صار الحاصل لانه واجب يسع
 البعض تركه إلا أن يحتاج فلا يسع ولا بد من الاستطاعة فيخرج المريض المدنف وأما الذي يقدر
 على الخروج دون الدفع ينبغي أن يخرج لتكثير السواد فان فيه إرهابا ونفرا القوم نفرا ونفيرا اذا خرجوا
 (قوله وقاتل الكفار) الذين لم يسلوا وهـ م من مشركي العرب أولم يسلوا ولم يعطوا الجزية من غيرهم
 (واجب وان لم يبدؤوا) لان الأدلة الموجبة له لم تقيد بالوجوب بداءتهم وهـ ذ ما معنى قوله (لعمومات)
 لعموم المكلفين لانه انما يفيد الوجوب على كل واحد فقط فالمراد إطلاق العمومات في بداءتهم وعدمها
 خلافا لما نقل عن الثوري والزمان الخاص كالشهر الحرام وغيره خلافا لعتاء ولقد استبعد ما عن
 الثوري وتمسكه بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه لا يخفى عليه نسخه وصريح قوله في الصحيحين
 وغيرهما أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث بوجوب أن تبدأ بهم بادني تأمل
 وحاصر صلى الله عليه وسلم الطائف لعشر بقين من ذي الحجة إلى آخر الحرم أو إلى شهر وقد استدل
 على نسخ الحرم في الأشهر الحرم بقوله تعالى اقاتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهو بناء على التجوز
 بلفظ حيث في الزمان ولا شك أنه كثر في الاستعمال (قوله ولا يجب الجهاد على صبي الخ) الوجه الظاهر

الجواب فلا نـ ما يرفع مفهوم المخالفة ليس بناسخ عندنا نص عليه في التوضيح ويقال شاهد على ذلك ان النسخ هو أن
 يرد دليل شرعي متراخيا عن دليل شرعي مقتضيا خلاف حكمه والمفهوم ليس بدليل شرعي فليست أملا فانه يمكن دفعه بارتكاب أدنى مسامحة
 (قوله بقوله تعالى فاصفع الصفع الجميل) أقول هذه الآية الشريفة في سورة الحجر (قوله بقوله تعالى ادع إلى سبيل ربك الآية) أقول
 هذه الآية الشريفة في سورة النحل (قوله ثم أمر بالبداءة بالقتال الخ) أقول مخالف لقوله فيما سبق فان الدلائل القطعية في الباب ليس
 فيها ما يدل على ذلك ولا يبعد أن يقال الدلائل تدل على بقاءه مدة بقاء الأمة وليس فيها ما يدل على بقاءه إلى يوم القيامة بل علم ذلك من هذا
 الحديث وأمثاله فليست أملا والأوجه أن يقال مراده من قوله فيما سبق بل لبيان دوامه وبقائه إلى يوم القيامة دواما لا يعتريه النسخ فيكون
 معنى قوله ليس فيها ما يدل على ذلك أي على سد باب النسخ فتأمل (قوله وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة) أقول هذه الآية الشريفة في
 سورة الأنفال (قوله فقاتلوا الذين لا يؤمنون بالله) أقول هذه الآية الشريفة في سورة التوبة قال المصنف (ولا يجب الجهاد على صبي)
 أقول قال الاتقاني أما الصبي فلا يجب عليه الجهاد لانه مرفوع القلم ولان طاعة أبويه واجبة عليه فلا تترك بما ليس بواجب انتهى ولا
 يخفى عليك مناقضة قوله واجبة لقوله مرفوع القلم لأن يقال مراده بالصبي ما يعم البالغ الذي له أبوان فالعني انه مرفوع القلم ان كان غير بالغ
 وان كان بالغ فطاعة أبويه واجبة متعينة عليه والجهاد ليس بواجب متعين عليه فليست أملا

على الناس بما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد (لانه يشبه الاجرة) وحقيقة الاجرة حرام فما يشبهه الاجرة يكون مكروها

قال المصنف (ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق الزوج والسيد) أقول فيه أن الدليل خاص بمن له زوج والظاهر أن المدعى عام فليتام — قال المصنف (وبكره الجعل الخ) أقول قال الاتقاني يعني اذا كان في بيت المال ما يتقوى به الناس من الغنمية انتهى وصوابه من النية لان مال الغنمية الموجود في بيت المال يصرف الى المقاتلة قال الامام الترمذاني بكروه للامام ضرب الجعل على الناس للفرقة مادام لهم فيه لانه يشبه الاجرة وان لم يكن فلا بأس بذلك لانه عليه الصلاة والسلام أخذ درهما من صفوان من غير طيبة نفسه ولا امام ذلك بشرط الضمان فاذا زالت الحاجة برد ان كان قائما والافقيته الا اذا صار في بيت المال والاولى أن يغزو المسلم بمال نفسه ثم بمال بيت المال لانه لمصالح المسلمين انتهى (فسوله على الناس بما يتقوى به الخ) أقول أي ما كما بما يتقوى أو مكلفا بما يتقوى

(ولا عبد ولا امرأة) لتقدم حق المولى والزوج (ولا أعمى ولا مقعد ولا أقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى) لانه صار فرض عين ومثل البين ورق السكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلاة والصوم بخلاف ما قبل النفي لان بغيرهما مقعافلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج (وبكره الجعل مادام للمسلمين في) لانه يشبه الاجرة ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين قال (فاذا لم يكن فلا بأس بأن يقوى بعضهم بعضا)

أن يقال لانه غير مكلف وفي الصحيحين عن ابن عمر عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة الحديث (ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج) باذن الله الذي هو صاحب الحق على حقه ومعنى هذا الكلام أن حق السيد والزوج حق متعين باذن الله تعالى على ذلك العبد وتلك المرأة فلو تعلق بهما الجهاد لزم اطلاق فعله لهما وإطلاقه به — تنزيم اطلاق ترك حق المولى والزوج فلو تعلق بهم لزمه ابطال حق جعله الله متعينا لحق لم يجز — له متعينا عليه وهذا اللازم باطل فلا يتعلق بهم وهو المطلوب وعلى هذا التقرير يكونون مخصوصين من العمومات للدليل مقارن وهو العقل بخلاف ما اذا صار فرض عين لان حقوقهم لا تطهر في حق فروض الاعيان نعم لو أمر السيد والزوج العبد والمرأة بالقتال يجب أن يصير فرض كفاية ولا نقول صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوج حتى اذا لم يقا تل في غير النفي العام يأثم لان طاعته — ما المفروضة عليهم ما في غير ما فيه المخاطرة بالروح وانما يجب ذلك على المكاتبين بخطاب الرب جل جلاله بذلك والفرض انتفاؤه عنهم قبل النفي العام وعن هذا حرم الخروج الى الجهاد وأحد الأئمة يبين كاره لان طاعة كل منهما فرض عين والجهاد لم يتعين عليه كما قلنا مع أن في خصوصه أحاديث منها ما في صحيح البخاري عن عبد الله بن عمرو جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستأذنه فقال أحى والدك قال نعم قال فمهما جاهد وقدمنا من محبة — أنفسنا حديث ابن مسعود وقدم فيه بالوالدين على الجهاد وفي سنن أبي داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جئت أبايعك على الهجرة وترك أبيي يبيكان فقال ارجع اليه — ما فأضحكهما كما أبكيتهما وفيه عن الخدرى أن رجلا هاجر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من اليمن فقال هل لك أحد باليمن قال أبوأي قال أذنا لك قال لا قال فارجع فاستأذنها فان أذنا لك جاهدوا لافيهما وأما الأعمى والافطع فقال تعالى ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج وقال تعالى ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج اذا نصحوا لله ورسوله والمقعد الأعرج قاله في ديوان الادب (قوله وبكره الجعل) يريد بالجعل هنا أن يكلف الامام الناس بأن يقوى بعضهم بعضا بالسلاح والكرراع وغير ذلك من النفقة والراد (مادام للمسلمين في) وهو المال المأخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والخزينة وأما المأخوذ بقتال فيسمى غنمة (لانه لا ضرورة اليه ومال بيت المال معد لنوائب المسلمين) وهذا وجه بوجوب ثبوت الكراهة على الامام بخصوصه والوجه الآخر وهو أن الجعل يشبه الاجرة وحقيقة أخذ الاجرة على الطاعة حرام فما يشبهها مكروه بوجهها على الغازي وعلى الامام كراهة تسببه في المكروه وحقيقة الجعل ما يجعل للانسان في مقابلة شيء يفعله واعلم أن مقتضى النظر أن النفقة تجب في مال الغازي لانه مأمور بعبادة من كبة من المال والبدن فتكون كالخج وأن وجوب تجهيزهم من بيت المال على الامام انما هو اذا لم يقدر وعلى الجهاز فاضلا عن حاجتهم وعيالهم وان كانوا ممن يعطيهم استحقاقهم من بيت المال بعد أن يكون ذلك غير كاف للجهاز مع حاجة المقام وأما اذا لم يكن في بيت المال في

وقوله (يفزى الاعزب) يقال أغزى الامير الجيش اذا بعثه الى العدو ويقال رجل عزب بالقرى لئلا يزوجه وجاء في الحديث وهو شاب أعزب والشخص الذهاب (٢٨٤) من بلد الى بلد والله أعلم

باب كيفية القتال

لما كان الامر الاول من باب الجهاد القتال بدأ بيان كيفية المدينة معروفة والحصن بكسر الحاء كل مكان محمي محرز لا يتوصل الى ما في جوفه فالمدينة أكبر من الحصن (قوله دعوهم الى الاسلام) قيل لا يخجلون من ان يقاتلوا قوما بلغتهم الدعوة أولم تبلغهم فان كان الثاني لا يحل القتال حتى يدعوا لقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا وان كان الاول فالأفضل ذلك وكان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم الى الاسلام ثم اشتغل بالصلاة واذا فرغ حدد الدعوة ثم شرع في القتال

لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحق الأدنى يؤيده أن النبي عليه الصلاة والسلام أخذ دروعا من صفوان وعرضه الله عنه كان يفزى الاعزب عن ذي الحليفة ويعطى الشخص فرس القاعد

باب كيفية القتال

(واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصنا دعوهم الى الاسلام) لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام

لا يكره أن يكلف الامام الناس ذلك على نسبة عدل (لان به دفع الضرر الاعلى) وهو نعدى شر الكفار الى المسلمين (بالحق) الضرر (الأدنى) واستأنس المصنف لهذا بأنه صلى الله عليه وسلم (أخذ دروعا من صفوان) بن أمية (وبأن عمر كان يفزى الاعزب عن ذي الحليفة ويعطى الشخص فرس القاعد) أما قصة صفوان فلا شك أن النبي صلى الله عليه وسلم أرسل يطلب منه أدراعا عند خروجه الى حنين ففي سيرة ابن اسحق أربع مائة درع وكان صفوان انذاك على شرك فانه كان طلب من النبي صلى الله عليه وسلم أن يسير مشركين فقال النبي صلى الله عليه وسلم سيرتك أربعة أشهر ثم عرض الخروج من مكة الى حنين فأرسل يطلب ذلك فقال يا محمد أعصا قال لا بل عارية مضمونة فبعثها ثم استعمله اياها فحملها على مائتي بعير وفي مسند أحمد قال فضايع بعضهم افترض عليه النبي عليه الصلاة والسلام أن يضمها فقال لا أنا اليوم في الاسلام أرغب وهذا لا يطابق نفس المدعى وهو تكليف الامام المسلمين بأن يعينوا الخارجين ولا يفيد ذلك الا بالالتزام فان ما يفعله الامام في المتكلم فيه لا يأخذه على أن يضمه لهم من بيت المال نعم فيه أنه عند الحاجة يتوسل الى الجهاد اذا لم يكن بالمسلمين قوة بالاستعانة من أهل الذمة بشرط الضمان لهم وأما ما عن عمر قظاهر فيه لأن معنى يفزى عنه ليس الا أنه يأخذ الجهاد منه والافهون غاز عن نفسه وان أعطاه من بيت المال وأما قوله يعطى الشخص فرس القاعد فصرح فيه بالحديث رواه ابن سعد في الطبقات عن محمد بن عمرو الواقدي بسنده عن عمر أنه كان يفزى عن ذي الحليفة وليس فيه أمر الفرس وروى ابن أبي شيبة حديثا حفص بن غياث عن عاصم عن أبي مجلز قال كان عمر يفزى العزب ويأخذ فرس المقيم فيعطيه المسافر

باب كيفية القتال

لما ذكر أن القتال لازم فلا بد أن يفعله وفعله على حد محدود شرعا فلا بد من بيانه فشرع فيه فقال (واذا دخل المسلمون دار الحرب) يصح أن يكون عطف على قوله الجهاد فرض على الكفاية عطف جملة وأن يكون واواستئناف (فحاصروا مدينة) وهي البلدة الكبيرة فعبارة من مدن بالمكان أقامه (أو حصنا) وهو المكان الحصن الذي لا يتوصل الى ما في جوفه (دعوهم الى الاسلام) فان لم تبلغهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب لانه صلى الله عليه وسلم أمر بذلك أمراء الاجناد فمن ذلك ما أخرج الجماعة الا البخاري من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه والنماط بعضهم تريد على بعض وتختلف قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أمر أميرا على جيش أو سرية أو صاه في خاصته بتقوى الله تعالى وعن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا ولا تلبيدوا واذا لقيت عدوكم من المشركين فادعهم الى احدي خصال ثلاث أو خلال فآبتهن ما أجابوك اليها

باب كيفية القتال

قال المصنف (دعوهم الى الاسلام) هذا في حق من لم تبلغه الرسالة والاليم الاستدلال بما رواه ابن عباس وصرح به أيضا في مبسوط الامام السرخسي ولا استدراك كما لا يخفى على المتأمل في

مساق الكلام فان الغرض ههنا بيان أنهم اذا دخلوا دار الحرب دعوهم الى الاسلام فان قبلوه كفوا فاقبل عن قتالهم والادعواهم الى الجزية فان بذلوا كفوا أيضا ولا يقاتلونهم ولم يعلم منه ان ذلك بطريق الادب أو التذنب أو الوجوب فيبينه انه بطريق الوجوب بقوله ولا يجوز أن يقاتل

ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام قال (فان أجابوا كفوا عن قتالهم) لحصول المقصود وقد قال صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث (وان امتنعوا دعوهم الى أداء الجزية) به أمر رسول الله عليه الصلاة والسلام أمراء الجيوش ولائمة أئمة ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمتردين وعبداء الاوثان من العرب لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تعالوا نقاتلهم أو يسلمون

وقوله (كفوا عن قتالهم) أي امتنعوا عن قتالهم أو منعوا أنفسهم عنه فكف لازم ومنع وقوله (على ما نطق به النص) يريد قوله تعالى فأتوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد (قوله وهذا في حق من تقبل منه الجزية) ظاهر

قال المصنف (حتى يقولوا لا اله الا الله) أقول فان قيل لا يكفي قولهم لا اله الا الله بل لابد من ذكر محمد رسول الله قلنا الجزاء الاول صار على المجموع كما يقال قرأت قل هو الله أحد صرح به الكرماني في شرح البخاري

فأقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى الاسلام فان أجابوك فأقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين وأعلمهم ان فعلوا ذلك ان لهم ما للمهاجرين وأن عليهم ما على المهاجرين فان أجابوا أن يتحولوا منهم فأخبرهم أنهم يكونون كأعراب المسلمين يجرى عليهم حكم الله الذي يجرى على المؤمنين ولا يكون لهم في التي هو الغنمة نصيب الا أن يجاهدوا مع المسلمين فانهم أجابوا أسألهم الجزية فان أجابوك فأقبل منهم وكف عنهم فان أجابوا فاستعن بالله وقاتلهم واذ احاصرت أهل حصن فأرادوك أن تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة أصحابك فانكم أن تحفروا منكم وذمة أصحابكم خير من أن تحفروا ذمة الله وذمة نبيه واذ احاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم فانك لا تدري أصبت حكم الله فيهم أم لا ثم افضوا فيهم بعد ما شتمت وفي الاحاديث في ذلك كثرة وفي نفس هذا الحكم شهرة واجماع ولان بالدعوة يعلمون أن ما نقاتلهم على أخذ أموالهم وسيب عيالهم فربما يجيبون الى المقصود من غير قتال فلا بد من الاستعلام وأما حديث ابن عباس المذکور في الكتاب فرواه عبد الرزاق عن سفیان الثوري عن ابن أبي نجيح عن أبيه عن ابن عباس (قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم) رزاهما لكم وصححه ولو قاتلوهم قبل الدعوة أتموا ولكن لا غرامة عما تلفوا من نفس ولا مال من دية ولا ضمان لان مجرد حرمة القتل لا توجب ذلك كما لو قتلوا النساء والصبيان وذلك لا تنفاه العاصم وهو الاسلام والاحراز بدار الاسلام وفي المحيط بلوغ الدعوة حقيقة أو حكما بأن استفاض شرفا وغربا أنهم الى ما ذا يدعون وعلى ما ذا يقاتلون فأقيم ظهورهم مقامها انتهى ولا شك أن في بلاد الله تعالى من لا شعوره بهذا الامر فيجب أن المدار عليه ظن أن هؤلاء لم تبلغهم الدعوة فاذا كانت بلغتهم لا يجب ولكن يستحب أما عدم الوجوب فلما في الصحيحين عن ابن عوف كتبت الى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب الى أنما كان ذلك أول الاسلام قد أغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وأنعامهم تنسى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبي ذراريهم وأصاب يومئذ جويرية بنت الحارث حدثني به عبد الله بن عمر وكان في ذلك الجيش وروى أبو داود وغيره عن أسامة بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد اليه فقال أغر على أبي صباحا حرق والغارة لا تكون مع دعوة وأبني بوزن جبلي موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة ويقال بيني بياض مضمومة آخر الحروف وقيل اسم قبيلة وأما الاستحباب فلان التكرار فيجدي المقصود في عدم الضرر الا على وقيد هذا الاستحباب بأن لا يتضمن ضررا بأن يعلم بأنهم بالدعوة يستعدون أو يختالون أو يتحصنون وغلبة الظن في ذلك بما يظهر من أحوالهم كالعلم بل هو المراد واذا خفي عنه بتعدد الوقوف عليها فان أجاب المدعوا أو غيره الى الاسلام فلا اشكال والحديث المشهور جعله غاية الامر بالقتال حيث قال أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله (وان امتنعوا دعوهم الى أداء الجزية بهذا الأمر عليه الصلاة والسلام أمراء الاجناد) وقد ذكرناه من حديث بريدة (ولانه أئمة ما ينتهي به القتال كما نطق به النص) قوله تعالى فأتوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله سبحانه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وهذا ان لم يكونوا متردين ولا مشركي العرب فان هؤلاء لا يقبل

(قوله فشكني) بالنون على بناء المفعول (مؤنة القتال) بنصب مؤنة على المفعول الثاني (قوله للنبي) إشارة إلى ما روى أنه صلى الله عليه وسلم بعث عليا في سرية وقال (٢٨٦) لا تقاتلوهم حتى تدعوهم إلى الإسلام وقوله (لعدم العاصم) أي الموجب للغرامة

(وهو الدين) على مذهب الشافعي (أو الأحرار بالدار) على مذهبه وقوله (مبالغة في الإنذار) لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا قاتل قوما من المشركين دعاهم اشتغل بالصلاة ثم عاد بعد الفراغ جدد الدعوة وقد قدمناه وقوله (أغار على بني المصطلق) أي أخرجهم من خبائهم بهجومه عليهم (وهم غارون) أي غافلون وأبني على وزن حبلي موضع بالشام وقيل اسم قبيلة (والغارة لا تكون بدعوة) لأن فيها سرايا والاسراع لأنها اسم مصدر لا غارة التي هي مصدر أغار الثعلب أو الفرس اغارة وغارة إذا أسرع العدو وقوله (البويرة) على وزن البويرة مصغر الدار والكبت هو الذل والهوان

قال المصنف (والمراد بالبذل القبول) أقول بطريق إطلاق اسم السبب على المسبب قال المصنف (أنم للنهي) أقول يحتمل أن يكون بناء على أن الأمر بالشيء نهى عن ضده فتأمل قال المصنف

(فان بذلوا فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين) لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور فيه في القرآن والله أعلم (ولا يجوز أن يقاتل من لم يبلغه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعوهم) لقوله عليه الصلاة والسلام في وصية أمراء الأجناد فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله ولأنهم بالدعوة يعلمون أنما تقاتلهم على الدين لا على سلب الأموال وسبي الذراري فلعلهم يحجبون فشكني مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة أنم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الأحرار بالدار فصار قتل النساء والصبيان (ويستحب أن يدعوهم من بلغه الدعوة) مبالغة في الإنذار ولا يجب ذلك لأنه صح أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الصلاة والسلام أغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد إلى أسامة رضي الله عنه أن يغير على أبي صباح ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة قال (فان أبو ذؤانبة استعافوا بالله عليهم وحاربوهم) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سليمان بن بريدة فان أبو ذؤانبة فادعهم إلى إعطاء الجزية إلى أن قال فان أبوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولأنه تعالى هو الناصر لا وليائته والمدبر على أعدائه فيستعان به في كل الأمور قال (ونصبوا عليهم الجانيق) كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على الطائفت (وحرقوهم) لأنه عليه السلام أحرز البويرة قال (وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا زروعهم) لأن في جميع ذلك الحاق الكبت والغيط بهم وكسر شوكتهم وتفسير بنو جهمهم فيكون مشروعا

منهم إلا الإسلام أو السيف على ما يستضع (فان بذلوا) أي قبلوا (وكذا هو المراد بالاعطاء المذكور في القرآن) بالإجماع وقد قال علي انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا والحادوث في هذا كثيرة بل هو من الضرورات ومعنى حديث علي رواء الشافعي في مسنده أخبرنا محمد بن الحسن الشيباني أن أبا نقيس بن الربيع الأسدي عن أبيان بن تغلب عن الحسن بن محبوب عن أبي الجنوب قال قال علي من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا ودينه كديننا وضعف الدارقطني أبا الجنوب (قوله فان أبو ذؤانبة استعافوا بالله عليهم) وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سليمان بن بريدة فان أبو ذؤانبة فاستعن بالله عليهم وقاتلهم وتقدم الحديث بطوله والكلام عليه والمدبر المهلك (فيستعان بالله في كل الأمور ونصبوا عليهم الجانيق) كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الطائفت (على ما في الترمذي مفصلا فانه قال قال قتبية حدثنا وكيع عن رجل عن ثوبان بن يزيد أن النبي صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على الطائفت فقلت لو كيع من هذا الرجل فقال صاحبكم عمر بن هرون ورواه أبو داود في المراسيل عن مكحول مرسل وكذا رواه ابن سعد في الطبقات وزاد أربعين يوما ذكره الواقدي في المغازي وذكر أن الذي أشار به سلمان الفارسي (وحرقهم) لأنه عليه الصلاة والسلام أحرز البويرة) على ما روى الستة في كتبهم عن ابن عمر قال حرق رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل بني النضير وقطعه وهي البويرة يعني أن البويرة اسم نخل بني النضير ولها يقول حسان بن ثابت وهان على سراة بني لؤي * حريق بالبويرة مستطير

ولأن المقصود كبت أعداء الله وكسر شوكتهم وبذلك يحصل ذلك فيفعلون ما يمكنهم من الخربق وقطع الأشجار وفساد الزرع هذا إذا لم يغلب على الظن أنهم مأخوذون بغير ذلك فان كان الظاهر أنهم مغلوبون

(وعهد إلى أسامة أن يغير على أبي صباح) أقول أبني بالضم والقصر اسم موضع من فلسطين بين عسقلان وأن الرملة وقيل موضع من بلاد جهينة وهذا أقرب أنم يبلغ غزواته عليه الصلاة والسلام إلى بلاد الشام في حياته

وقوله (وان كان فيهم أسير مسلم أو تاجر) رد لما قاله الحسن بن زياد انه اذا علم ان فيهم مسلما وانه يتلف بهذا الصنع لم يحل له ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائزا لا يرى أن الامام أن لا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم أولى من هذا الوجه (وقلنا في رميهم دفع الضرر العام بالذنب عن بيضة الاسلام) أي مجتمعه للشبه المعنوي بينها وبين بيضة النعامة وغيرها لان البيضة مجتمع الولد (وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص) واذا اجتماعا يقدم دفع الضرر العام على الخاص (ولانه قلما يخلو حصن من حصونهم عن مسلم) أسيرا أو تاجرا (فلو امتنع) عن الرمي (باعتباره لانسد باب) أي باب الجهاد وقوله (لما بينا) إشارة الى قوله لأن في الرمي دفع الضرر العام الخ وقوله (وما أصابوه منهم لاديه عليهم ولا كفارة) يعني عندنا وقال الحسن بن زياد وهو قول الشافعي فيه الدية والكفارة لان هذا هو عين صورة قتل الخطأ لانه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم والجواب انه اذا كان عالما بحقيقة حال من يصيبه عند الرمي لم يكن فعله خطأ بل كان مباحا محضا ولا دية ولا كفارة فيه ولنا أن الجهاد فرض وكل ما هو فرض (فالغرامات لا تقرن به) لان الفرض مأثور به لا محالة وسبب الغرامات عدوان محض منهى عنه وبينهما منافاة فان قيل هذا تعليل في معارضة قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج أي مهدر والتعليل في مقابلة النص باطل أجيب بانه عام يخص منه البغاة وقطاع الطريق فتخص صورة النزاع بما قلناه وفيه نظر لان القرآن شرط وهو ممنوع وأقول قوله عليه الصلاة والسلام ليس في الاسلام معناه في دار الاسلام وما نحن فيه ليس بدار الاسلام

قال المصنف (لان في الرمي الخ) أقول هذا تعليل في مقابلة النصوص الدالة على تحريم (٣٨٧) دم المسلم بغير حق فكيف يصح فان

قبل تلك النصوص قد خص عنها قاطع الطريق والباغي قلنا ممنوع بل منسوخة في حقهما وأيضاً هذا انما يصح اذا علم أنالوزير كناههم استولوا على ديار المسلمين والمدعى عام ليس له خصوص واللازم من هذا التعليل هو جواز الرمي قال المصنف (ولانه قلما يخلو الى قوله لانسد باب) أقول وفيه نظر فان ابن زياد انما لم يجوز الرمي اذا علم ان فيهم مسلما وعلم انه يتلف بهذا الصنع ولا شك في ان العلم بهما لو كان

(ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم أسيرا أو تاجرا) لان في الرمي دفع الضرر العام بالذنب عن بيضة الاسلام وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلوا امتنع باعتباره لانسد باب (وان تترسوا بصيبيان المسلمين أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم) لما بيناه (وبقصدون بالرمي الكفار) لانه ان تعذر التمييز فعلا فلقد أمكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما أصابوه منهم لاديه عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض

وأن الفتح ياد كره ذلك لانه افساد في غير محل الحاجة وما أيجب الالهيا (قوله ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم أسيرا أو تاجرا) بل ولو تترسوا بأسارى المسلمين وصيبيانهم سواء علم انهم ان كفوا عن رميهم انهم لم المسلمون أولم يعلموا ذلك الا أنه لا يقصد برميهم الا الكفار فان أصيب أحد من المسلمين فلا دية ولا كفارة وعند الأئمة الثلاثة لا يجوز رميهم في صورة التترس الا اذا كان في الكف عن رميهم في هذه الحالة انهم زام المسلمين وهو قول الحسن بن زياد فان رموا أو أصيب أحد من المسلمين فعند الحسن بن زياد فيه الدية والكفارة وعند الشافعي فيه الكفارة قولا واحدا وفي الدية قولان وقال أبو اسحق ان قصده بعينه لزمه الدية علمه مسلما أولم يعلمه لقوله عليه الصلاة والسلام ليس في الاسلام دم مفرج وان لم يقصده

لكان في غاية الندرة فمن أين يلزم انسداد باب الجهاد قال المصنف (وما أصابوه منهم لاديه عليهم ولا كفارة) أقول قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتل الآتي بوجوب القود اذا أصابوا منهم عدا وقوله تعالى من قتله مؤمنا خطأ فحرير رقبة مؤمنة الآية بوجوب الكفارة والدية اذا كانت الاصابة خطأ والتعليل في مقابلتهما ينبغي أن لا يقبل في الوجه (قوله والجواب أنه اذا كان الخ) أقول فيه نظر لانه لا يجوز أن يراد من العلم القصد لما مر من قوله في المتن ويقصدون بالرمي الكفار وحينئذ فيراد من العلم حقيقة ولم يقل أحد بان عدم العلم بالمصاب شرط في تحقق الخطأ فانهم قالوا الخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرى شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرى غرضا فيصيب آدميا ولا شك أن ما نحن فيه من هذا القبيل ولو كان كما قال للزم ان من رأى انسانا وعلمه ثم رمى غرضا غير قاصد ذلك الانسان فأصابه أن لا يكون فعله خطأ ولم يقل به أحد (قوله ولنا ان الجهاد فرض الى قوله منهى عنه) أقول منقوض بأكل مال الغير حالة الخمسة فانه ليس عدوانا منهيا عنه مع انه سبب للغرامات والجواب بأنه من خص وهو منهى عنه في الاصل لا يفيد لان قتل المسلم أيضا كذلك (قوله وما نحن فيه ليس بدار الاسلام) أقول يرد عليه ما لو كانوا يدار الاسلام وقرسوا فانه لا يخلو إما أن يكون الحكم واحدا أو لا فان كان الاول فظاهر وان كان الثاني فلا شك أن الدليل المذكور وهو قوله لأن في الرمي دفع الضرر العام الخ موجود فيلزم تخالف المدلول عن الدليل ويمكن أن يجاب عنه بانهم انما يمكنهم التترس اذا كانوا في المدينة ونحوها أما اذا كانوا في الصحراء فلا مكان الهجوم عليهم ومصافهم فلا يمكنهم ذلك لكن لا يتأتى هذا فيما اذا تغلبوا على حصن ونحوه من دار الاسلام بحيث لم يصدر حرب عند أبي حنيفة ثم يقال الحذف خلاف الاصل فلا يصار اليه الا عند الضرورة ومن دالة القواطع على خلافه

وقوله (بخلاف حالة الخمصة) جواب عما فاس عليه الحسن وقال اطلاق الرمي لضرورة اقامة الجهاد لا يتقضي الضمان كتناول مال الغير
حالة الخمصة بطلان المكان الضرورة (٢٨٨) ويجب الضمان وتقرير الجواب أن الجائع يقدم على تناول عند

دفع الخطر وان كان فيه
ضمان (لما فيه من احياء
نفسه) وهو منفعة عظيمة
يتحمل بسببها ضرر الضمان
(أما الجهاد فبني على اتلاف
النفس) أي نفس سواد
الكفار وقد يكون فيها مسلم
فلو وجب الضمان بقتالهم
لا منعوا عن الجهاد الذي
هو فرض وذلك لا يجوز
كما لا يجوز إيجاب الدية
والكفارة على الإمام فيما
إذا مات الزاني البكر من
الجلد لئلا يمنع القاضي
عن تقليد القضاء ويجوز
أن يكون معناه الجهاد مبني
على اتلاف النفس مطلقا
لان الجهاد لما أن يقتل وقد
يصلف المسلم أو يقتل فلو
ألزمتنا الضمان امتنع عن
الجهاد الفرض لكونه
خاسرا في كلتا الحالتين
بخلاف ما إذا لم يضمن وقوله
(حذار الضمان) منصوب
على المفْعُوله وقوله
(ولا بأس باخراج النساء
والمصاحف) كلامه واضح
سوى ما تنبه عليه السرية
عدد قليل يسرون بالليل
ويكنون بالنهار وعن أبي
حنيفة رضي الله عنه أقل
السرية مائة وقال محمد في
السرا الكبير أفضل ما يبعث
في السرية أدناه ثلاثه قلو
بعث بمادونه جاز وقال

بخلاف حالة الخمصة لانه لا يمنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه أما الجهاد فبني على اتلاف
النفس فيمتنع حذار الضمان قال (ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كانوا عسكر
عظما يؤمن عليه) لان الغالب هو السلامة والغالب كالتحقق (ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن
عليها) لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون
بها مغايطة للمسلمين

بعينه بل رعى الى الصف فاصيب فلا دية عليه وأما الاول فلان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل
الكافر جائز ألا ترى أن الامام أن لا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين فكان تركه لعدم قتل المسلم أولى ولان
مفسدة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر وجه الاطلاق أمران الاول أنا أمرنا بقتالهم مطلقا ولو اعتبر
هذا المعنى انسد باباه لان حصنا ما أو مدينة قلما تخلو عن أسير مسلم فلزم من اقتراض القتال مع الواقع من
عدم خلو مدينة أو حصن عادة اهدار اعتبار وجوده فيه وصار كريمهم مع العلم بوجوده ولادهم ونسائهم
فانه يجوز اجماع العلم بوجود من لا يحل قتله فيهم واحتمال قتله هو الجامع غير أن الواجب أن
لا يقصد بالرمي إلا الكافر لان قصد المسلم بالقتل حرام بخلاف ما إذا لم يفترض وهو ما إذا افتتحت البلدة قال
محمد إذا فتح الامام بلدة ومعلوم أن فيها مسلما أو ذميا لا يحل قتل أحد منهم لاحتمال كونه ذلك المسلم
أو الذمي إلا أنه قال ولو أخرج واحد من عرض الناس حل اذن قتل الباقي لجواز كون المخرج هو ذلك
فصار في كون المسلم في الباقي شك بخلاف الحالة الاولى فان كون المسلم أو الذمي فيهم معلوم بالفرض
فوقع الفرق الثاني أن فيه دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام باثبات الضرر الخاص وهو واجب
ثم ان المصنف أحال وجه مسئلة التمس على وجهي مسئلة ما إذا كان فيهم أسير مسلم حينئذ أو تاجر وقد
يقال ان سلم انه لا يخلو أهل حصن عن تاجر أو أسير فاطلاق اقتراض القتال اهدار لا اعتبار ما نعاقلنا سلم انه
لا يخلو أهل حصن ان يتسروا بالمسلمين ليكون اطلاق الاقتراض اهدار الحرمه الرمي فان المشاهدة بنفسه
فوجب أن يتقيد بما إذا لم يكن طريقا إلى قتل المسلم غالبا وأما قوله انه دفع الضرر العام بالخاق الضرر
الخاص فقد يقال إن ذلك عند العلم بانهم زام المسلمين ولم يرم وحل الرمي عند ذلك لم يتقيد به واعلم أن
المراد أن كل قتال مع الكفار هو دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام أي مجتمعتهم وان لم يحصل
فيه الظفر ضرر المسلمون كلهم وهو محل تأمل وبتقديره هو ضرر خفيف أشد منه قتل المسلم في غالب
الظن وانما يكون الضرر العام مقدما على هذا إذا كان فيه هزيمتهم ونحوها فان قيل فلم ليغرم الدية
إذا أصيب مسلم مع قوله عليه الصلاة والسلام ليس في الاسلام دم مفرج أي مهدر أوجب بأنه عام
مخصوص بالبيعة وقطاع الطريق وغيرهم فجاز تخصيصه بالمعنى وهو ما ذكر من قوله لان الفروض لا تقرر
بالغرامات كما ذكرنا فبالومات من عزره القاضي أوحده أنه لاديه فيه لان القضاء بذلك فرض عليه فلا
يتقيد بشرط السلامة والامتنع عن الاقامة (بخلاف) المضطر (حالة الخمصة لانه لا يمنع) عن الاكل (مخافة
الضمان) لان في الامتناع هلاك نفسه والضمان أخف عليه من هلاكها فلا تمتنع (أما الجهاد فبني
على اتلاف نفسه فيمتنع حذاره) واعلم أن المذهب عندنا في المضطر أنه لا يجب عليه كل مال الغير مع
الضمان فلم يكن فرضا فهو كالباح بتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق فلا حاجة الى الفرق بينه
وبين اقتراض الجهاد في بني الضمان (قوله) ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كانوا
عسكرا عظما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية
لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون
بها مغايطة للمسلمين

قال

الحسن بن زياد من قول نفسه أقل الدية أربع مائة وأقل الجيش أربعة آلاف

(قوله جواب عما فاس عليه الحسن وقال اطلاق الرمي لضرورة الخ) أقول الظاهر أن هذا الكلام الزاخي والا فالحسن لا يجوز الرمي فتأمل

وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافر وأبى القرآن في أرض العدو ولودخل مسلم اليهم بأمان لا بأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا قومًا ينفون بالعهد لأن الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لأقامة عمل يلبق بهن كالطبخ والسقي والمداداة فأما الشواب فمقامهن في البيوت أرفع للفتنة ولا يباشرن القتال لأنه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند ضرورة ولا يستحب اخراجهن للباضة والخدعة فان كانوا لا يدخرجن فبالاماء دون الحرائر (ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده) لما بينا (الا أن يهجم العدو على بلد للضرورة) وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا ولا يغلولوا ولا يمتثلوا لقوله عليه الصلاة والسلام لا تغلولوا ولا تغدروا ولا تمتثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد

قال المصنف (وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافر وأبى القرآن الى أرض العدو) وهذا الحديث رواه الستة الا الترمذي من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر وقوله وهو التأويل الصحيح احتراز عما ذكره في غير الاسلام عن أبي الحسن القمي والصدور الشهيد عن الطحاوي أن ذلك إنما كان عند قلة المصاحف كي لا ينقطع عن أيدي الناس وأما اليوم فلا يكره أما التأويل الصحيح فإذ كره المصنف وهو منقول عن مالك راوي الحديث فان أبادادوا ابن ماجه زاد بعد قوله الى أرض العدو قال مالك أرى ذلك مخافة أن يناله العدو والحق أنهم من قول النبي صلى الله عليه وسلم على ما أخرجه مسلم وابن ماجه عن النبي عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان ينهى أن يسافر بالقرآن الى أرض العدو ويخاف أن يناله العدو وأخرجه مسلم عن أيوب السخيتي عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسافر وأبى القرآن فاني لا آمن أن يناله العدو وفي رواية لمسلم فاني أخاف فلذا حكم القرطبي والنووي بأنهم من قول النبي صلى الله عليه وسلم وغلط من زعم أنهم من قول مالك وقد يكون مالك لم يسمعهما فوافق تأويله أو شك في سماعه إياها وفي فتاوى فاضل بن محمد قال أبو حنيفة أقل السرية أربع مائة وأقل العسكر أربعة آلاف وفي المبسوط السرية عدد قليل يسبرون بالليل ويكنون بالنهار انتهى وكان المراد من شأنهم ذلك والافقد لا يكنون وكأنه مأخوذ من السرى وهو السير لئلا فسكان الاولى أن يقال بعد قوله يؤمن عليه ويكره اخراجه فيما ليس كذلك فان الانتقال من العسكر العظيم الى السرية طرفة كبيرة ليست مناسبة والذي يؤمن عليه في توغله في دار الحرب ليس الا العسكر العظيم وينبغي كونه اثني عشر ألفا ما روى انه عليه الصلاة والسلام قال ان يغلب اثنا عشر ألفا من قلة وهو أكثر مما روى فيه هذا باعتبار أهووط وهذا ظاهر مذهبنا ومذهب الشافعي ومذهب مالك اطلاق المنع أخذنا باطلاق الحديث قال القرطبي لا فرق بين الجيش والسرايا ولا باطلاق النص وهو وان كان نيل العدو في الجيش العظيم نادرا فسيانته وسقوطه ليس بنادر وأنت علمت أن العلة المنصوصة لما كانت مخافة نيله فينباط بما هو مظنة فيخرج الجيش العظيم والنسيان والسقوط نادرا مع الاهتمام والتشمر للحفاظ الباعث عليه وذلك أن جملة لا يكون الا بمن يخاف نسيان القرآن فيأخذه لتعاوده فيبعد ذلك منه وكتب الفقه أيضا كذلك كره في المحيط معزوا الى السير الكبير فكتب الحديث أولى ثم الاولى في اخراج النساء العجائز للطب والمداداة والسقي دون الشواب ولواحتياج الى المباشرة فالاولى اخراج الاماء دون الحرائر (ولا يباشرن القتال لأنه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة) وقد قاتلت أم سليم يوم خيبر وأقرها عليه الصلاة والسلام حيث قال لمقامها خير من مقام فلان وفلان يعني بعض المنهزمين (قوله ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده) لما بينا من تقدم حق الزوج والمولى (الا أن يهجم العدو) على ما تقدم (قوله وينبغي للمسلمين) أي يحرم عليهم أن يغدروا أو يغلولوا أو يمتثلوا السرقة من الغنمة والغدر الخيانة ونقض العهد (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا تغلولوا الخ) تقدم في حديث بريدة وقوله عليه الصلاة والسلام ولا تمتثلوا أي المثلة يقال

وقوله (وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافر وأبى القرآن في أرض العدو) رواه ابن عمر وأما قيد التأويل بالصحيح احتوازا عما قال أبو الحسن القمي النهي كان في ابتداء الاسلام عند قلة المصاحف وكذا روى عن الطحاوي وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله في الباب السابق لتقدم حق المولى والزوج وقوله (الا أن يهجم) استثناء من قوله لا تقاتل يعني عند الضرورة بقاتل لمون لان الجهاد حينئذ بصير فرض عين ولا يظهر حق المولى والزوج عنده

قال المصنف (ولا تقاتل المرأة الخ) أقول الظاهر أن هذا مستدرك إذ قد علم من قوله ولا يباشرن القتال جواز مقاتلة المرأة باذن زوجها أولا والجواب أن قوله ولا يباشرن القتال من كلام نفسه وهذا من كلام المصنف

والمثلة المروية في قصة العرينين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول (ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا أعمى)

مثلت بالرجل بوزن ضربت أمثل به بوزن انصر مثلا ومثلة اذا سودت وجهه أو قطعت أنفه ونحوه ذكره في الفائق وقول المصنف (والمثلة المروية في قصة العرينين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول) وقد اختلف العلماء في ذلك فعندنا والشافعي منسوخة كما ذكر قتادة في لفظ في الصحيحين بعد رواية حديث العرينين قال فحدثني ابن سيرين أن ذلك كان قبل أن تنزل الحدود وفي لفظ للبيهقي قال أنس ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك خطبة الانهي فيها عن المثلة وقال أبو الفتح البكري في سيرته من الناس من أتى ذلك إلى أن قال وليس فيها يعني آية الحراية أكثر مما يشعر به لفظه انما من الاقتصار في حد الحراية على ما في الآية وأما من زاد على الحراية جنابات آخر كما فعل هؤلاء كما روى ابن سعد في خبرهم أنهم قطعوا يد الراعي ورجله وغرزوا الشوك في لسانه وعينيه حتى مات فليس في الآية ما يمنع من التغليظ عليهم والزيادة في عقوبتهم فهذا ليس بمثلة والمثلة ما كان ابتداء على غير جراح وقد جاء في صحيح مسلم انما سمى النبي صلى الله عليه وسلم أعينهم لانهم سملوا أعين الرعاء ولو أن شخصا جنى على قوم جنابات في أعضاء متعددة فاقص منه ما كان التشويه الذي حصل له من المثلة وقال ذكر البغوي في سبب نزولها يعني آية الجزاء سببا آخر واذا اختلفت في سبب نزول الآية الاقوال ونطرق اليها الاحتمال فلا نسخ وحاصل هذا القول أن المثلة بمن مثل جراح ثابت لم ينسخ والمثلة بمن استحق القتل لا عن مثلة لا تحمل لأنهم منسوخة لأنهم لم تشرع أولا لأن ما وقع للعرينين كان جراحا تميلهم بالراعي ولا شك أن قوله لا تغلوا على ما تقدم من رواية الجماعة ونحوها لما أن يكون متأخرا عن مثلة العرينين فظاهر نسخها أو لا يدري فيعارض محرم ومبيح خصوصا والمحرم قول فيتقدم المحرم وكلما تعارض نصان وترجع أحدهما نضمن الحكم بنسخ الآخر ورواية أنس صريح فيه وأما من جنى على جماعة جنابات متعددة ليس فيها قتل بأن قطع أنف رجل وأذن رجل وفة عين آخر وقطع يد آخر ورجل آخر فلا شك في أنه يجب القصاص لكل واحد أدام حقه لكنه يجب أن يستأني بكل قصاص بعد الذي قبله إلى أن يبرأ منه وحينئذ يصير هذا الرجل بمثابة أي مثلة ضمنا لا قصدا وانما يظهر أثر النهي والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله فقطض النسخ أن يقتل به ابتداء ولا يمتثل به ثم لا يخفى أن هذا بعد الظفر والنصر أما قبل ذلك فلا بأس به اذا وقع قتالا كبار ضرب فقطع أذنه ثم ضرب ففقا عينه فلم ينته فضرب فقطع أنفه ويده ونحو ذلك (قوله ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا) أخرجه الستة الا النسائي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة فنهى عن قتل النساء والصبيان وأخرج أبو داود عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صبيا ولا امرأة ولا تغلوا وضموا غنائمكم وأصلحوا وأحسنوا ان الله يحب المحسنين وفيه خالد بن القزير قال ابن معين ليس بذلك وأما معارضة عما أخرجه أبو داود عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا شرهم فأضعف منه ثم على أصول كثير من الناس لامعارضة بل يجب أن تخص الشيوخ بغير الفاني فان المذكور في ذلك الحديث الشيخ الفاني لخص العام مطلقا بالخاص نعم يعارض ظاهرهما بأخرج الستة عن الصعب بن حثامة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أهل الدار من المشركين يبيتون فيصاب من ذرارهم ونسائهم فقال عليه الصلاة والسلام هم منهم وفي لفظهم من آباؤهم فيجب دفعا للمعارضة جملة على مورد السؤال وهم المبيتون وذلك أن فيه ضرورة عدم العلم والقصد إلى الصغار بأنفسهم لأن التبييت يكون معه ذلك والتبييت هو المسمى في عرفنا بالكبسة وما الظن إلا أن حرمة قتل

وقوله (والمثلة المروية) يقال مثلت بالرجل أمثل به مثلا ومثلة اذا سودت وجهه أو قطعت أنفه وما أشبه ذلك وقصة مثلة العرينين مشهورة وقد انتسخت بالنهي المتأخر روى عمران بن الحصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قام فينا خطيبا بعد ما مثل بالعرينين إلا كان يحثنا على الصدقة وينها عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تأكيد الحرمة وقوله (ولا شيخا فانيا) قال في النخبة هذه الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصباح عند التقاء الصفين ولا يقدر على الاحبال ولا يكون من أهل الرأي والتدبير أما اذا كان يقدر على ذلك يقتل لانه يقتاله محارب وبصباحه معرض على القتال وبالأحبال يكثر المحارب

لان المبيع للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع
يده ورجله من خلاف والشافعي رجة الله تعالى عليه بخالفنا في الشيخ الفاني والمفعد والاعشى لان
المبيع عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صرح أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل الصبيان
والذراري وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاهما كانت هذه تقاتل
فلم قتلت

النساء والصبيان اجماع وأما الحديث الذي ذكر المصنف أنه عليه الصلاة والسلام رأى امرأة مقتولة
فهو ما رواه أبو داود والنسائي عن أبي الوليد الطيالسي عن عمر بن المرفع بن صبيح حدثني أبي عن جده
رباح بن الربيع بن صبيح قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة فرأى الناس مجتمعين على شيء
فبعث رجلا فقال انظر علام اجتمع هؤلاء فجاء رجل فقال يا امرأة قتيل فقال ما كانت هذه تقاتل وعلى
المقدمة خالد بن الوليد فبعث رجلا فقال قل لخالد لا تقتلن امرأة ولا عسيفا وأخرجنا النسائي أيضا وابن
ماجه عن المغيرة بن عبد الرحمن عن أبي الزناد عن المرفع وكذا أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه
والحاكم في المستدرک وفي لفظه فقال هاهما كانت هذه تقاتل ثم قال وهكذا رواه المغيرة بن عبد الرحمن
وابن جريج عن أبي الزناد فصار الحديث صحيحا على شرط الشيخين وهاه كلمة زجر والهاء الثانية للسكت
وإذا ثبت فقد علل القتل بالمقاتلة في قوله ما كانت هذه تقاتل فثبت ما قلنا من أنه معلول بالحاربة فلزم
قتل ما كان مظنة له بخلاف ما لبس اياه وجمع قتل النساء والصبيان أو يابس الشق ونحوه يبطل كون
الكفر من حيث هو كفر علة أخرى والالقتل هو لاه وهو المراد بقول المصنف (والحجة عليه) أي على
الشافعي (ما بيناه) يعني من عدم قتل يابس الشق لكن هذا الإلزام على أحد القولين له فانه ذكر في شرح
الوجيز وفي الشيوخ والعيان والضعفاء والزمنى ومقطوعى الأيدي والأرجل قولان في قول يجوز
قتلهم وبه قال أحمد في رواية لموم اقتلوا المشركين وروى عنه عليه الصلاة والسلام اقتلوا شيوخ
المشركين واستحبوا شرخهم ولا نهم كفاروا الكفر مبيع للقتل وفي قول لا يجوز وبه قال أبو حنيفة ومالك
وذ كر ما ذكرناه من الحديث المانع من قتل الشيخ الفاني قال والمفعد والزمن ومقطوع البدن
والرجلين في معناه وعن أبي بكر أنه أوصى يزيد بن أبي سفيان حين بعثه إلى الشام فقال لا تقتلوا الولدان
ولا النساء ولا الشيوخ انظر انتهى وأنت تعلم أن قوله تعالى اقتلوا المشركين عام مخصوص بالذي
والنساء والصبيان فجاء تخصيص الشيخ الفاني ومن ذكر المصنف بالقياس لولم يكن فيهم خبر فكيف
وفيهم ما سمعت بل ما قدمنا من أن النصوص مقيدة ابتداء بالمحاريين على ما ترجع إليه وأما حديث
الشيوخ فتقدم أنه ضعيف بالانقطاع عندهم وباللجاج بن أرطاة ولو سلم فيجب تخصيصه على ما ذكرنا
على أصولهم وأما قول المصنف (صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذراري)
فالمراد بالذراري النساء من اسم السبب في السبب قال في العريين وفي الحديث لا تقتلوا ذرية
ولا عسيفا أي امرأة ولا أجيرا ثم المراد بالشيخ الفاني الذي لا يقتل هو من لا يقدر على القتال ولا الصباح
عند التقاء الصفين ولا على الأحيال لأنه يجي منه الولد فيكسر محارب المسلمين ذكره في الذخيرة
وذ كر الشيخ أبو بكر الرازي في كتاب المرتد من شرح الطحاوى أنه إذا كان كامل العقل نقتله ومنه نقتله
إذا ارتد والذي لا نقتله الشيخ الفاني الذي خرف وزال عن حدود العقلاء والمميزين فهذا حينئذ يكون
بمنزلة المجنون فلا نقتله ولا إذا ارتد قال وأما الزمنى فهم بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم إذا رأى الإمام ذلك
كما يقتل سائر الناس به - دأن يكونوا عفاة ولا ونقتلهم أيضا إذا ارتدوا اه ولا نقتل مقطوع اليد
اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف ونقتل أقطع اليد اليسرى أو إحدى الرجلين وإن لم يقاتل

وقوله (لان المبيع عنده)
أي للقتال هو (الكفر)
وعندنا هو الحراب وقوله
(ما بينا) إشارة إلى قوله
ولهذا لا يقتل يابس الشق
وهو المفالوج قبل والمراد
بالذراري هنا النساء وقوله
(هاه) كلمة تنبيه ألحقت
بآخرها هاه السكت

(قوله الآن يكون أحدهما من له رأى في الحرب) لما صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وفي رواية ابن مائة وستين (٢٩٣) سنة لانه كان صاحب رأى (قوله فهو في حال افاقته كالصحيح) يعني يقتل

سواء قاتل أو لم يقاتل كالصحيح فانه يقتل وان لم يقاتل لكنه انما يقتل في حال افاقته لانه من يقاتل ويخطب (قوله امتنع عليه) أي يقف عنده ويعالج فيه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك وقوله (لما بينا) إشارة الى قوله لان مقصوده الدفع والله أعلم

باب الموادة ومن يجوز أمانه

باب الموادة ومن يجوز أمانه

والموادة المصاحبة وسميت بها لانها مشاركة وهي من الودع وهو الترك وذ كرتك القتال بعد ذ كرتك قتال ظاهر المناسبة

قال المصنف (لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا) أقول قد سبق في كتاب النفقة من الكتاب أنه لا يجب الانفاق على الأبوين الخريسين وان كانا مستأمنين وصرح الشراح أن قوله تعالى وصاحبهما الآية مخصوص بأهل الذمة دفعا للتعارض فتأمل في جوابه قال المصنف (ولانه يجب عليه احيائه) أقول ولا يرد النقص بالأب فانه ليس كالأب وان شئت مزيد التفصيل فارجع الى غاية البيان في كتاب المفقود ومرفى النفقة أيضا

قال (الآن يكون أحدهما من له رأى في الحرب أو تكون المرأة ملكة) لتعدى ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفع الشره ولا أن القتال مبيع حقيقة (ولا يقتل مجنوناً) لانه غير مخاطب الآن يقاتل فيقتل دفع الشره غير أن الصبي والمجنون يقتلان مادام يقاتلان وغيرهما لا بأس بقتله بعد الأسر لانه من أهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجهل ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح (ويكره أن يتدنى الرجل أباه من المشركين فيقتله) لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولا يجب عليه احيائه بالاتفاق فيناقضه الاطلاق في افقائه (فان أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره) لان المقصود يحصل بغيره من غير اقحامه المأثم وان قصد الأب قتله بحيث لا يمكنه دفعه لا يقتله لا بأس به لان مقصوده الدفع ألا ترى أنه لو شهر الأب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه لا يقتله يقتله لما بينا فهذا أولى والله تعالى أعلم بالصواب

(قوله الآن يكون أحدهما) استثناء من حكم عدم القتل ولا خلاف في هذا الاحد وصح أمره عليه الصلاة والسلام يقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاماً أو أكثر وقد عصى لما جى به في جيش هو ابن الرأى وكذلك يقتل من قاتل من كل من قتلناه لا يقتل كالمجنون والصبي والمرأة (الآن الصبي والمجنون يقتلان في حال قتالهما) أما غيرهما من النساء والرهبان ونحوهم فانهم يقتلون اذا قاتلوا بعد الأسر والمرأة المملكة تقتل وان لم تقاتل وكذا الصبي المملوك والمعتوه الملك لان في قتل الملك كسر شوكتهم وفي السبر الكبير لا يقتل الراهب في صومعته ولا أهل الكنائس الذين لا يحالطون الناس فان خالطوا وتلوا كالفسيين والذي يجهل ويفيق يقتل في حال افاقته وان لم يقاتل (قوله ويكره أن يتدنى الرجل أباه من المشركين) أوجده وأمه اذا قاتلت أوجده (بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا) نزلت في الأبوين ولو مشركين لقوله تعالى وان جاهدك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم الآية (ولانه يجب عليه الانفاق لاجبائه فيناقضه الاطلاق في افقائه فان أدركه) أي أدرك الأب الابن ليقتله والابن قادر على قتله (امتنع) الابن (على الأب) بغير القتل بل يشغله بالمحاولة بان يعرق فرسه أو يطرحه عن فرسه ويلجئه الى مكان ولا ينبغي أن ينصرف عنه ويتركه لانه يصير حراً علينا بل يلجئه الى أن يفعل ما ذكرنا ولا يدعه أن يهرب الى أن يحجى من يقتله فاما ان لم يتمكن الابن من دفعه عن نفسه الا بالقتل فليقتله لانه لو كان مسلماً أراد قتل ابنه ولا يتمكن من التخلص منه لا يقتله كان له قتله لتعنيه طريقاً لدفع شره فهناك أولى ولو كان في سفر وعطشاً ومع الابن ماء يكتي لنبذة أحدهما كان للابن شربه ولو كان الابن يموت وينبغي أن يسمع أباه المشرك يذ كرا لله أو رسوله بسوء يكون له قتله لما روى أن أبا عبيدة بن الجراح قتل أباه حين سمعه يسب النبي صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولا يكره الأب قتل ابنه المشرك وكذا سائر القرابات عندنا كالمخالص والخال يباح قتلهم ولا مناقضة لان نفقة ذوى الارحام عندنا لا تحجب المسلمين منهم بخلاف القرابات البغاة يكره أن يتدنى بهم كالأب وأما في الرجم اذا كان الابن أحد الشهود فيقتل بالرجم ولا يقصد قتله بان يرميه مثلاً بحصاة والله الموفق

باب الموادة ومن يجوز أمانه

الموادة المسالة وهو وجه ادمعنى لا صورة فأخذه عن الجهاد صورة ومعنى وما قبل لانه ترك الجهاد وترك الشئ يقتضى سبق وجوده فغير صحيح بل يتحقق ترك الزنا وسائر المعاصي عن لم توجد منه أصلاً ويناب على

ذلك

باب الموادة ومن يجوز أمانه

(قوله وكان ذلك مصلحة) قيل عليه بان قوله تعالى وان جنحوا للسلم ليس بمفيد بالمصلحة فكان الاستدلال به مخالفا للدي وأجيب بان هذه الآية محمولة على ما اذا كانت في المصلحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرى وهي قوله تعالى ولا تنهوا دعوا إلى السلم وأنتم الاعلنون وبدليل الآيات الموجبة للقتال والالزام التناقض لما ان موجب الامر بالقتال مخالف لموجب الامر بالمصلحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو بما ذكرنا بدليل مواده رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة على ما ذكر في الكتاب (٣٩٣) ولا يقتصر الحكم على المدة

(المروية) وهي عشرين سنين فكانت هذه المدة المروية من المقدرات التي لا تمنع الزيادة والنقصان لان مدة المودعة تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وقد تنقص وقوله (لتعدي المعنى) وهو دفع الشر وقوله (بمخلاف ما اذا لم يكن خيرا) حيث لا يجوز للامام أن يوادعهم عملا بقوله تعالى ولا تنهوا وتدعوا إلى السلم

(قوله وأجيب بان هذه الآية الشريفة الى قوله وأنتم الاعلنون) أقول فيه بحث لان المنهى عنه في هذه الآية هو البداية بالدعوة الى السلم من جانب المسلمين والمأمور به في الآية السابقة هو الميل اليها اذا مالوا لها أولا فلا مخالفة بينهما حتى يعلى بالمصلحة ويرفع المناقاة ولعل النهي عنه انما هو لان فيه الحاقا للذلة بالمسلمين كما يدل عليه قوله تعالى ولا تنهوا انتم يمكن أن يقال ان في هذه الآية دلالة على انه لا يجوز الدعوة الى السلم اذا كان بهم ضعف فان النهي يقتضي المشروعية

(واذا رأى الامام أن يصلح أهل الحرب أو يقر بقاتلهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به) لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله ووادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينهم وبينهم عشرين سنين ولان المودعة جهاد معني اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا

ذلك وكيف وهو مكلف بتركها في جميع عمره والا كان تكليفها بالمال (قوله واذا رأى الامام أن يصلح أهل الحرب أو يقر بقاتلهم) بمال وبلا مال (وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به) لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله والآية وان كانت مطلقة لكن اجماع الفقهاء على تقييدها برؤية مصلحة للمسلمين في ذلك بآية أخرى هي قوله تعالى ولا تنهوا دعوا إلى السلم وأنتم الاعلنون فأما اذا لم يكن في المودعة مصلحة فلا يجوز بالاجماع وفي السلم كسر السنين وقصها مع سكون اللام وقصها ومنه قوله تعالى وألقوا اليكم السلم ومقتضى الاصول أنها اما منسوخة ان كانت الثانية بعدها أي نسخ الاطلاق وتقييدها بمحالة المصلحة أو المعارضة في حالة عدم وجود المصلحة ان لم يعلم ثم ترجع مقتضى المنع أعني آية ولا تنهوا كما هو القاعدة في تقديم المحرم وأما حديث مواده عليه الصلاة والسلام أهل مكة عام الحديبية عشرين سنين فنظريه بعض الشارحين بأن الصحيح عند أصحاب المغازي أنها سنتان كذا ذكره معتمر بن سليمان عن أبيه وليس يلزم لان الحاصل ان أهل النقل مختلفون في ذلك فوقع في سيرة موسى بن عقبة أنها كانت سنتين أخرجه البيهقي عنه وعن عروة بن الزبير مرسلًا ثم قال البيهقي وقوله ما سنتين يريدان بقائه سنتين الى أن نقض المشركون عهدهم وخرج النبي صلى الله عليه وسلم اليهم لغز مكة وأما المدة التي وقع عليها عقد الصلح فيشبهه أن يكون المحفوظ ما رواه محمد بن اسحق وهي عشرين سنين وما ذكره عن ابن اسحق هو المذهب كور في سيرته وسيرة ابن هشام من غير أن يتعبه ورواه أبو داود من حديث محمد بن اسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم أنهم اصطلموها على وضع الحرب عشرين سنين يأمن فيها الناس وعلى أن يتناعى مكفوفة وأنه لا اسلال ولا اغلال ورواه أحمد رحمه الله في مسنده مطولا بقصة الفتح حدثنا يزيد بن هرون أنبا نا ابن اسحق فساقه الى أن قال على وضع الحرب عشرين سنين يأمن فيها الناس ويكف بعضهم عن بعض وكذا رواه الواقدي في المغازي حدثني ابن أبي سبرة عن اسحق بن عبد الله بن أبي بردة عن واقد بن عمرو فذكر قصة الحديبية الى أن قال على وضع الحرب عشرين سنين الخ والوجه الذي ذكره البيهقي وجه حسن به تتقي المعارضة فيجب اعتبارها فان الكل اتفقوا على أن سبب الفتح كان نقض فريش العهد حيث أعانوا على خراعة وكانوا دخلوا في حلف رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في مدة الصلح فوقع الخلاف ظاهرا بأن مراد من قال سنتين ان بقائه سنتان ومن قال عشرين قال انه عقد عشرين كما رواه كذلك فانه لا تنافي بينهما ما حينئذ والله سبحانه أعلم (قوله ولا يقتصر الحكم) وهو جواز المودعة (على المدة المذكورة) وهي عشرين سنين (لتعدي المعنى) الذي به علل جوازها وهو حاجة المسلمين أو ثبوت مصلحتهم فانه قد يكون

كما بين في علم الاصول (قوله وبدليل الآيات الموجبة للقتال) أقول الآيات الموجبة للقتال معلومة التأخر عن آيات السلم كما صرح به في النهاية وأيضا آية السلم نزلت مع الآيات المنزلة في شأن بني قريظة وهذه نزلت في سورة التوبة منها قوله تعالى فأتوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية فتكون تلك الآية ناسخة لها فكيف يستدل بها (قوله وقوله بخلاف ما اذا لم يكن خيرا الى قوله ولا تنهوا الآية) أقول فيه بحث والظاهر أن يقال ان هذه الآية الكريمة لا تدل على عدم جواز المسألة اذا طلبوها منا فكيف يستدل بها

لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى (وان صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح أنفع نبذ اليهم وقائلهم) لأنه عليه السلام نبذ الموادة التي كانت بينه وبين أهل مكة ولأن المصلحة لما تبدلت كان التبدل جهادا وايضا العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من التبدل فخر زاعن الغدر وقد قال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر التبدل إلى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضى مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالتبدل من انفاذا الخبر إلى أطراف مملكته لأن ذلك ينتهي الغدر قال (وان بدوا بخيانة قائلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم) لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقائلوا المسلمين عناية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لأنه لا يغير إذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لأنه باتفاقهم معنى

بأكثر (بخلاف ما اذا لم تكن) الموادة أو المدة المسماة (خبرا) للمسلمين فإنه لا يجوز (لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى) وما أبيع إلا باعتبار أنه جهاد وذلك انما يتحقق اذا كان خيرا للمسلمين والاف هو ترك للأمر به وبمـ إذا دفع ما نقل عن بعض العلماء من منعه أكثر من عشرين سنين وان كان الامام غير مستظهر وهو قول الشافعي ولقد كان في صلح الحديبية مصالح عظيمة فان الناس لما تقاربوا انكشف محاسن الاسلام للذين كانوا متباعدين لا يعرفونهم من المسلمين لما قاربوهم وتخالطوا بهم (قوله وان صالحهم مدة ثم رأى أن نقض الصلح أنفع نبذ اليهم) أي ألقى اليهم عهدهم وذلك بأن يعلمهم أنه رجوع عما كان وقع قال تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء أي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك لكن ظاهر الآية أنه مفيد بخوف الخيانة وهو مثل ان علمتم فيهم خيرا في الكتابة ولعل خوف الخيانة لازم للعلم بكفرهم وكونهم حربا علينا والاجماع على أنه لا يتفقد بخطر الخوف لان المهادنة في الاول ما صحت الا لانها أنفع فلما تبدل الحال عاد إلى المنع (ولا بد من التبدل فخر زاعن الغدر) وهو محرم بالعمومات فحواصم في البخاري عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أربع خلال من كن فيه كان منافقا خالصا من اذا حدث كذب واذا وعد أخلف واذا عاهد غدر واذا خاصم فجر وروى أبو داود والترمذي وصححه كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير فحارب بلادهم حتى اذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس أو برذون وهو يقول الله أكبر الله أكبر وفاء لا غدر فنظروا فاذا هو عمرو بن عبسة فارس اليه معاوية فساءه فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كان بينه وبين قوم عهد فليشد عقده ولا يحلها حتى ينقض أمدها أو ينبذ اليهم على سواء فرجع معاوية بالناس ورواه أحمد وابن حبان وابن أبي شيبة وغيرهم وأما ما ذكر المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام وفاء لا غدر فلم يعرف في كتب الحديث الا من قول عمرو بن عبسة هذا وأما استدلاله بأنه صلى الله عليه وسلم نبذ الموادة التي كانت بينه وبين أهل مكة فالإتيان يجعل دليلا فيما يأتي من قوله (وان بدوا بخيانة قائلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان باتفاقهم) لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه) وكذا اذا دخل جماعة منهم منعة وقائلوا المسلمين عناية يكون نقضا في حقهم خاصة فيقتلون ويسترقونهم ومن معهم من النذاري الا أن يكون باذن ملكهم فيكون نقضا في حق الكل ولو لم تكن لهم منعة لم يكن نقضا في حقهم ولا في حق غيرهم وانما قلناه ذلك لأنه عليه الصلاة والسلام لم يبدأ أهل مكة بل هم بدوا بالغدر قبل مضي المدة فقائلهم ولم ينبذ اليهم بل سأل الله تعالى أن يعي عليهم حتى يغتصبهم هذا هو المذكور لجميع أصحاب السير والمغازي ومن تلقى القصة ورواها كما في حديث ابن اسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة قال كان في صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه من شاء أن يدخل في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهد دخل فدخلت خراغة في عقد رسول

ولان الموادة ترك الجهاد صورة ومعنى أما صورة فقطاهر حيث تركوا القتال وأما معنى فأنه لما لم يكن فيه مصلحة للمسلمين لم يكن في تلك الموادة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى أيضا وقوله نبذ اليهم نبذ الشيء من يده طرحه ورعى به نبذا ونبذ العهد نقضه وهو من ذلك لأنه طرحه وقوله (نبذ اليهم) أي بعث اليهم من يعلمهم بنقض العهد وقوله صلى الله عليه وسلم (في العهود وفاء لا غدر) أي هي وفاء (قوله ولا بد من اعتبار مدة الخ) قال الله تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء أي على سواء منكم ومنهم في الملم بذلك فمعرفة أنه لا يحل قتالهم قبل التبدل وقبل ان يعلموا بذلك ليعودوا إلى ما كانوا عليه من الحصن وكان ذلك للحرص عن الغدر

(قوله ولان الموادة ترك الجهاد صورة ومعنى الخ) أقول فيه بحث (قوله وهو من ذلك الخ) أقول أي التبدل معنى نقض العهد من التبدل معنى الطرح

(واذا رأى الامام موادة أهل الحرب وأن يأخذ على ذلك ما لا فلا بأس به) لأنه لما جازت الموادة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة أما إذا لم تكن لا يجوز لما ينما من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية هذا إذا لم ينزلوا بساحتهم بل أرسلوا رسولا لأنه في معنى الجزية أما إذا أحاط الجيش بهم - ثم أخذوا المال فهو غنمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لأنه مأخوذ بالقهر معنى (وأما المرتدون في موادعهم - الامام حتى ينظر في أمرهم) لأن الاسلام مرجعهم فجاز تأخير قتالهم طمعا في اسلامهم (ولا يأخذ عليه مالا) لأنه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما تبين (ولو أخذ لم يرد) لأنه مال غير معصوم

الله صلى الله عليه وسلم ودخلت بنو بكر في عقد قريش فمكثوا في الهدنة نحو السبعة أو الثمانية عشر شهرا ثم إن بني بكر الذين دخلوا في عقد قريش وثبوا على خراعة الذين دخلوا في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ابلا بجماعهم يقال له الوثير قريب من مكة وقالت قريش هذا ليل ولا يعلم بنا محمد ولا يرانا أحدا فأناؤا بني بكر بالاسلح والكرع وقالوا خراعة معهم وركب عمرو بن سالم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك يخبره الخبر فلما قدم عليه أنشده

لا هم أنى ناشد محمدا * حلف أينا وأبيه الا تملدا
ان قريشا أخلفوك الموعدة * ونقضوا ميثاقلك المؤكدا
هم يبتونا بالوثير هجدا * فقتلونا ركعا وسجدا
* فأنصر رسول الله نصرا عتدا *

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نصرت يا عمرو بن سالم ثم أمر الناس فجهزوا وسأل الله أن يعي على قريش خبرهم - ثم حتى يبلغهم في بلادهم وذكروا موسى بن عقبة نحوه هذا وإن أبي بكر قال له يا رسول الله ألم يكن بينك وبينهم مدة قال ألم يبلغك ما صنعوا ببني كعب ورواه الطبراني من حديث ميمونة ورواه ابن أبي شبة مرسل عن عروة ورواه مرسل عن جماعة كثيرين في كتاب المغازي وفيه فقال أبو بكر يا رسول الله أولم يكن بيننا وبينهم مدة فقال انه - ثم غدروا ونة ضوا العهد فأناعازهم - ثم في التبدل لا يكتفي بمجرد إعلامهم بل لابد من مضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالتبذ من انفاذا الخبر إلى أطراف مملكته ولا يجوز أن يغير على شيء من بلادهم قبل مضي تلك المدة (قوله وان رأى الامام موادة أهل الحرب وان يأخذ) المسلمون (على ذلك ما لا جاز لأنه لما جاز بالمال وهو أكثر نفعا أولى الآن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة أما إذا لم تكن فلا موادة - لما ينما من قبل) يعني قوله لأنه ترك للجهاد صورة ومعنى قال شارح ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله لأنه ينسب إليه الاجر يعني في مسألة الجعل قبل باب كيفية القتال وهذا يقتضي أن الموادة تجوز وأخذ مالهم لا يجوز إذا كان مال المسلمين كثيرا غير أنهم ليسوا متأهين للحرب لقلة العدد الحاضر لتفرق المقاتلة في البلاد ونحوه وهو بعيد لأن ذلك كله جهاد وفي أخذ مالهم كسر لشكوتهم وتقليل لمادتهم - ثم فأخذ له هذا المعنى من الجهاد لا الاجرة على الترك وباعتباره ثم ما يؤخذ من هذا المال يصرف مصارف الخراج والجزية أن كان قبل النزول بساحتهم بل برسول أما إذا نزلناهم فهو غنمة يخمسها ويقسم الباقي لأنه مأخوذ منهم - ثم قهرامعنى وأما المرتدون فلا بأس بموادة عنهم ومعلوم أن ذلك إذا غلبوا على بلدة وصارت دارهم دار الحرب والافلا لان فيه تقرير المرتد على الردة وذلك لا يجوز ولهذا أقيد الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير بما ذكرنا قال يدل عليه وضع المسئلة في مختصر الكرخي بقوله غلب المرتدون على دار من دور الاسلام فلا بأس بموادة عنهم عند الخوف فلو وادعهم على المال لا يجوز لأنه في معنى الجزية ولا تقبل من المرتد جزية وقوله (لما تبين) يعني في باب الجزية (و) مع هذا (ولو أخذ لم يرد) عليهم لأن مالهم في المسلمين إذا ظهر وانخلاف ما إذا أخذ من أهل البغي حيث

وقوله (لما ينما من قبل) يعني قوله أنه ترك الجهاد صورة ومعنى وقوله (إذا لم ينزلوا بساحتهم) أي إذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب وقوله (لأنه مأخوذ بالقهر معنى) يعني فيكون كالأخذ قهرا صورة ومعنى وهو المأخوذ بعد الفتح بالقتال

(قال المصنف ولا يأخذ عليه مالا لأنه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما تبين) أقول هذا انما يدل على عدم جواز أخذ المال منهم قبل الاحصار ولا دلالة فيه على عدمه بعد قتال قال في الكافي ولا يأخذ منهم على ذلك مالا لان أخذ المال تقرير لهم على ذلك اه وفيه بحث فان الموادة تكون بزمان معين فلو أخذ منهم على ذلك مالا مقدرا إلى ذلك الزمان كيف يكون تقرير لهم عليه

وقوله (لما قبل من اعطاء الدنية) أي النقيصة (٣٩٦) وقوله (الاذاخاف الهلاك) يعني على نفسه ونفس سائر المسلمين حينئذ لا بأس

بدفع المال لما روي أن
المشركين لما حاطوا بالخنديق
وصار المسلمون إلى ما أخبر
الله عنهم بقوله تعالى هنالك
ابتلى المؤمنون وزلزلوا زلا
شديدا بعث رسول الله
صلى الله عليه وسلم إلى
عينينة بن حصن وطلب منه
أن يرجع عن معه على أن
يعطيه في كل سنة ثلث غمار
المدينة فأبى إلا النصف
فلما حضر رسوله ليكتبوا
بين يدي رسول الله صلى
الله عليه وسلم قام سيده
الانصار سعد بن معاذ وسعد
ابن عباد وقال يا رسول الله
إن كان عن وحي فامض لما
أمرت به وإن كان رأيا رأيت
فقد كنا نحن وهم في الجاهلية
لم يكن لنا ولا لهم دين وكافوا
لا يطعمون في غمار المدينة
الابشراء أو قرى فاذا أعزنا
الله بالدين وبعث البنا رسوله
نعطيهم الدنية لا نعطيهم إلا
السيف فقال عليه الصلاة
والسلام إنى رأيت العرب
رمتكم عن قوس واحدة
فأحببت أن أصرفهم
عنكم فإن أيتم ذلك فأنتم
وذلك انهبوا فلا نعطيكم
إلا السيف فقد مال رسول
الله صلى الله عليه وسلم إلى
الصليح في الابتداء لما أحس
الضعف بالمسلمين حين رأى
القوة فيهم عما قال السعدان
امتنع عن ذلك (قوله بأى

ولو حاصر العدو والمسلمين وطلبوا الموادة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعله إلا ما لم يقبله من اعطاء
الدنية والحق المذلة بأهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب بأى طريق يمكن (ولا
ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب

يرد عليهم بعد ما وضعت الحرب أوزارها لانه ليس فيها إلا أنه لا يرد حال الحرب لانه اعانة لهم (قوله ولو
حاصر العدو والمسلمين وطلبوا الموادة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعله إلا ما لم يقبله من اعطاء
الدنية) أي النقيصة ومن ذلك قول عمر لا يكره رضى الله عنهم في الحديثية وكان متجاذبا عن الصليح
أليس برسول الله صلى الله عليه وسلم قال أبو بكر بلى قال أولسنا بالمسلمين قال بلى قال أوليسوا بالمشركين
قال بلى قال فعلا لم نعطي الدنية في ديننا فقال له أبو بكر الزم غرضه فإني أشهد أنه رسول الله فقال عمر وأنا
أشهد أنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره ابن إسحق في السير وفي الحديث ليس للأومن أن يذل نفسه
فالعزة خاصة بالإيمان قال الله تعالى والله العزة لرسوله وللؤمنين (الاذاخاف) الامام (الهلاك) على نفسه
والمسلمين فلا بأس لان النبي صلى الله عليه وسلم لما اشتد على الناس بالبلاء في وقعة الخندق أرسل إلى
عينينة بن حصن الغزاري والحارث بن عوف بن أبي حارثة المزني وهما قائدان أعطفان واعطاهما ثلث غمار
المدينة على أن يرجعا بمن معهما فخرى بينهما الصليح حتى كتبوا الكتاب ولم تقع الشهادة ولا عزيمة الصليح
فلما أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفعل بعث إلى سعد بن معاذ وسعد بن عباد فذكر لهما ذلك
واستشارهما فانه فقالا له يا رسول الله أمرنا بحبه فتصنعه أم شيئا أمرك الله به لا بد لنا من العمل به أم شيئا
تصنعه لنا قال بلى شيئا أصنعه لكم والله ما أصنع ذلك إلا لشيء رأيت العرب قد رمتكم عن قوس واحدة
وكالبوكم من كل جانب فأردت أن أكسر عنكم من شوكتهم إلى أمر ما فقال له سعد بن معاذ يا رسول الله
قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الاوثان لانعبده الله ولا نعرفه وهم لا يطعمون أن يأكلوا
مناثرة الاقرى أو يبيعوا أخينا كرمنا الله بالاسلام وهدانا له وأعزنا بك وبه نعطيهم أموالنا ما يبيدوا
من حاجة والله ما نعطيهم إلا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنتم
وذلك فتناول سعد العقيقة فجعلها فيهما من الكتابة ثم قال ليجهدوا علينا قال محمد بن إسحق حدثني
به عاصم بن عمرو بن قتادة ومن لا أتهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري وعمل المصنف هذا
بقوله (لان دفع الهلاك واجب بأى طريق يمكن) وهو توسل فانه لا يجب دفع الهلاك بأجر كلمة الكفر
ولا يقتل غيره لو أكره عليه بقتل نفسه بل يصبر للقتل ولا يقتل غيره ولو شرطوا في الصليح أن يرد عليهم من جاء
مما منهم بطل الشرط فلا يجب الوفاء به فلا يرد إليهم من جاء منهم مسلما وهو قول مالك وقال الشافعي
يجب الوفاء به في الرجال دون النساء لانه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك في الحديثية حين جاء أبو جندل بن عمرو
ابن سهيل وكان قد أسلم فردة فصار ينادى يا معشر المسلمين أريد إلى المشركين يقتلونني عن ديني فقال له
عليه الصلاة والسلام اصبر يا جندل واحتسب فان الله جاعل لك وللمن معك من المستضعفين فرجا
ومخرجا وكذا ردأ بابصير وأما الوشرط مثله في النساء لا يجوز ردهن ولا شك في انفساخ نكاحها فلا يطلب
زوجها الحربى المهر هل يعطاه للشافعي فيه قولان في قول لا يعطاه وهو قولنا وقول مالك وأجد وفي
قول يعطاه قال تعالى فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعهن إلى الكفار وهذا هو دليل النسخ في حق
الرجال أيضا لا فرق بين النساء والرجال في ذلك بل مفسدة رد المسلم إليهم أكثر وحين شرع ذلك كان في
قوم من أسلم منهم لا يبالغون في تعذيبه فان كل قبيلة لا تتعرض لمن فعل ذلك من قبيلة أخرى انما يتولى
ردعه عشيرته وهم لا يبلغون فيه أكثر من القيد والسب والاهانة ولقد كان بمكة بعد هجرة النبي صلى
الله عليه وسلم جماعة من المستضعفين مثل أبي بصير وأبي جندل بن عمرو بن سهيل إلى نحو سبعين لم يبلغوا
فيهم النكابة لعشائرهم والامر الآن على خلاف ذلك (قوله ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب)

طريق يمكن) قيل في هذا التعميم شبهة وهي أنه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه إلا بأجر كلمة الكفر أو بقتل
غيره أو بالزنا فان دفع الهلاك بذلك عن نفسه غير واجب بل هو مريض فيه حتى لو قتل فيها بصبره عنها كان شهيدا أو واجب عنها بان معنى

ولا يجهز اليهم) لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السلاح من أصل الحرب وجهه اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما ينالنا وكذلك الحديد لانه أصل السلاح وكذا بعد المودعة لانها على شرف النقص أو الانقضاء فكانوا حاربوا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا أنا عرفناه بالنص فانه عليه الصلاة والسلام أمر غمامة أن يبرأ أهل مكة وهم حرب عليه

اذا حضر وامستأمنين (ولا يجهز اليهم) مع التجار الى دار الحرب (لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وجهه اليهم) والمعروف ما في سنن البيهقي ومسنند البزار ومجمع الطبراني من حديث (١) بحرين كنيز السقاء عن عبيد الله اللقيطي عن أبي رجاء عن عمران بن الحصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح في الفتنة قال البيهقي الصواب أنه موقوف وأخرجه ابن عدي في الكامل عن محمد بن مصعب الفرقساني وقد اختلف فيه ضعفه ابن معين وقال ابن عدي وهو عندي لا بأس به ونقل عن أحمد بن حنبل قال المصنف (ولان فيه) أي في نقل السلاح ونجهز اليهم (تقويتهم على قتال المسلمين وكذا الكراع) أي الخيل ولا فرق في ذلك بين ما قبل المودعة وبين ما بعدها (لانها على شرف الانقضاء أو النقص) قال (وهو القياس في الطعام) أي القياس فيه أن يمنع من حمله الى دار الحرب لان به يحصل التقوى على كل شيء والمقصود اضعافهم (الا أنا عرفناه) أي نقل الطعام اليهم (بالنص) يعني حديث غمامة وحديث إسلامه ورواه البيهقي من طريق محمد بن اسحق عن سعيد المقبري عن أبي هريرة فذكر قصة إسلام غمامة وفي آخره قوله لاهل مكة حين قالوا له أصبوت فقال إني والله ما أصبوت ولكني أسلمت وصدقت محمد وأمنت به وأيمت الذي نفس غمامة بيده لا تأتكم حبة من البعوضة وكانت ريف مكة ما بقيت حتى يأذن فيها محمد صلى الله عليه وسلم وانصرف الى بلده ومنع الحمل الى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسألونه بأرحامهم أن يكتب الى غمامة يحمل اليهم الطعام ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكره ابن هشام في آخر السيرة وذكر أنهم قالوا له صباأت فقال لا ولكني اتبعت خيرا الدين محمد والله لا تصل اليكم حبة من البعوضة حتى يأذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أن قال فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنك تأمر بصله الرحم وانك قد قطعت أرحامنا فكتب عليه الصلاة والسلام اليه أن يخلى بينهم وبين الحمل وأما بيع الحديد فنهى المصنف (لانه أصل السلاح) وهو ظاهر الرواية فان الحماكم نص على نسوية الحديد والسلاح وذهب غير الاسلام في شرح الجامع الصغير الى أنه لا يكره حيث قال وهذا في السلاح وأما فيما لا يقاتل به الا بصنعة فلا بأس به كما كرهنا بيع المزامير وأبطلنا بيع الخمر ولم نبيعه العنب بأسا ولا بيع الخشب وما أشبه ذلك وقال الفقيه أبو الليث في شرحه وليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يجعله خرا لا العصور ليس بآلة المعصية بل بصيرة آلة لها بعد ما يصير خرا وأما هنا فالسلاح آلة الفتنة في الحال ويكره بيعه ممن يعرف بالفتنة قيل بإشارة هذا يعلم أن بيع الحديد منهم لا يكره (فروع من المبسوط) طلب ملك منهم الذمة على أن يترك أن يحكم في أهل مملكته ما شاء من قتل وظلم لا يصلح في الاسلام لا يوجب الى ذلك لان التقرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام ولان الذي من يلتزم أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فشرط خلافه باطل ولو كان له أرض فيها قوم من أهل مملكته هم عبيده يبيع منهم ما شاء فصالح وصار ذمة فهم عبيده كما كانوا يبيعهم ان شاء لان عقد الذمة خلف عن الاسلام في الاحرار ولو أسلم كانوا عبيده فكننا اذا صار ذميا وهذا لانه كان مال الكاهن يبيده القاهرة وقد ازدادت وكادة بعد الذمة فان ظفر عليهم عدو فاستنقذهم المسلمون فانهم يردونهم على هذا الملاءم بغير شيء قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة كسائر أموال أهل الذمة وهذا لان على المسلمين القيام بدفع الظلم عن أهل الذمة كما عليهم ذلك في حق المسلمين

الكلام بأي طريق يمكن سوى الامور التي رخص فيها ولم يجب الاقدام عليها وأقول الواجب بمعنى الثابت فتدفع به أيضا وقوله (ولا يجهز اليهم) أي لا يبعث التجار اليهم بالجهاز وهو فاخر المتاع والمراد به ههنا السلاح والكراع والحديد وقوله (لما ينالنا) يعني قوله ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين ويقال مارأله أي أنا هم بالطعام

(١) بحرين كنيز كذا هو في الخلاصة بمهمة بعد المودعة وأبوه بنون وآخره مجمعة وهو الصواب وليحذر ما وقع في بعض النسخ من بحرين كنيز كعبه مصححه

فصل (إذا أمن رجل حراً أو امرأة حرة أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم) والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تنكفأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم أي أقلهم

وكذا لو أسلم الملك وأهل أرضه أو أسلموا هم دونهم عبده ولو وادعوا على أن يؤثروا كل سنة شيئا معلوما وعلى أن لا يجري عليهم في بلادهم أحكام المسلمين لا بفعل ذلك إلا أن يكون خيرا للمسلمين لانهم بهذه المودعة لا يلتزمون أحكام المسلمين ولا يخرجون من أن يكونوا أهل حرب وترك القتال مع أهل الحرب لا يجوز إلا أن يكون خيرا للمسلمين ثم ان فعل ذلك ان كان بعد ما أحاط بهم الجيش أو قبله برسول تقدم حكم هذا المال ولو صالحوهم على أن يؤثروا اليهم في كل سنة مائة رأس من أنفسهم وأولادهم لم يصح لان هذا الصلح وقع على جماعتهم فكانوا كلهم مستأمنين واسترقاق المستأمن لا يجوز الا ترى أن واحدا منهم لو باع ابنه بعد هذا الصلح لم يجوز كذلك لا يجوز عليك شيء من نفوسهم وأولادهم بحكم تلك المودعة لان حريتهم تأكدت بخلاف ما لو صالحوهم على مائة رأس بأعيانهم أول السنة وقالوا آمنونا على أن هؤلاء الحكم ونصالحكم ثلاث سنين مستقبلة على أن نعطيكم كل سنة مائة رأس من رقيقنا فانه جائز لان المعينين في السنة الاولى لا تتناولهم المودعة ومنها ثبت الايمان لهم فاذا جعلوهم مستثنى من المودعة يجعلهم اياهم عوضا للمسلمين صاروا اعماليك المسلمين بالمودعة والمشرط في السنين الكائنة بعد المودعة أنهاء فجاز ولو سرق مسلم لم مالهم بعد المودعة لا يحل شراؤه منه لان مال المستأمن لا يملك بالسرقة لانه غدر فلا يصح شراؤه منه ولو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الصلح جاز أن يشتري منهم ما أخذوه من أموالهم لانهم ملكوها بالاحراز كمال المسلمين ثم لا يلزم رد شيء من ذلك عليهم ولا بالثمن لانهم بالمودعة ما خرجوا عن كونهم أهل حرب اذ لم يتفادوا الى حكم الاسلام فلا يجب على المسلمين القيام بنصرهم ولو دخل بعضهم دار حرب أخرى فظهر المسلمون عليها لم يتعرضوا له لانه في امان المسلمين

فصل لما كان الايمان نوعا من المودعة لان فيه ترك القتال كالمودعة ذكره في فصل على حدة وكلامه واضح وقوله (ويسعى بذمتهم أي يعهدهم وأمانهم أدناهم أي أقلهم)

فصل في الايمان وهو نوع من المودعة في التحقيق (قوله اذا أمن رجل حراً أو امرأة حرة كافراً أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم) على اسناد المصدر الى المفعول (ولم يجوز لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تنكفأ دماؤهم) أي لا تزيد دية الشريف على دية الوضيع (ويسعى بذمتهم أدناهم) أخرجه أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تنكفأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويرد عليهم أقصاهم وهم يدعى من سواهم ومعنى يرد عليهم أقصاهم أي يرد الا بعد منهم التبعة عليهم وذلك أن العسكر اذا دخل دار الحرب فاقتطع الامام منهم مـربابا ووجهها لا غارة فاعتمته جعل لها ماسمى ويرد ما بقي لاهل العسكر لان بهم قدرت السرايا على التوغل في دار الحرب وأخذ المال وأما قوله وهم يدالخ أي كآتهم آفة واحدة مع من سواهم من الملل كالعضو الواحد باعتبار تعاونهم عليهم لكن رواه ابن ماجه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تنكفأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويجبر عليهم أقصاهم وهم يد الحديث ففسر الرد في ذلك الحديث بالاجارة فالمعنى يرد الاجارة عليهم حتى يكون كلهم مجبرا والمقصود من هذا الحديث محل الدية وهو في الصحيحين عن علي رضي الله عنه قال ما كتبتنا عن النبي صلى الله عليه وسلم الا القرآن وما في هذه الصحيفة قال عليه الصلاة والسلام المدينة حرم فمن أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا وزمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا وأخرج البخاري نحوه أيضا من حديث أنس ومسلم من حديث أبي هريرة ومن قال إن الشيخ علاء الدين وهم اذا خرج من حديث علي من جهة أبي داود والواقع

وهو الواحد) لانه لا أقل منه وانما قسر الادنى ههنا بالاقل احترازاً عن نفسه بر محمد حيث فسره بالعبد لانه جعله من الدناءة والعبد أدنى المسلمين وقوله (ولانه) أى ولان كل واحد من الرجل والمرأة (من أهل القتال) أما الرجل فظاهر وأما المرأة فبالتسبب بالمثل أو العبد وأما قوله عليه السلام ما كانت هذه تقاتل معناه بنفسها وقوله (٢٩٩) (للاقائه) أى للاقاة الامان (محله) لان محله هو محل الخوف وهو

وهو الواحد ولانه من أهل القتال فيخافونه اذ هو من أهل المنعة فيتحقق الامان منه للاقائه محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزأ وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزأ فينتكامل

أن الشيخين أخرجا غلط فان ما في الصحيحين ليس فيه تشكافاً دماؤه - وهو يريد أن يخرج ما ذكره في الهداية لا ما هو محل الحاجة من الحديث فقط وفسر المصنف أدناه هم بأقله - هم في العدد (وهو الواحد) احترازاً عن تفسير محمد من الدناءة ليدخل العبد كما سيأتى وليس يلزم اذ هو على هذا التفسير أيضاً فيه دليل لمحمد وهو اطلاق الادنى بمعنى الواحد فانه يتناول الواحد حراً أو عبداً وقد ثبت في أمان المرأة أحاديث منها حديث أم هانئ في الصحيحين رضى الله عنها قالت يا رسول الله زعم ابن أمى على أنه قاتل رجلاً قد أجرته فلان بن فلان قال عليه الصلاة والسلام قد أجرنا من أجرنا وأمننا من أمننا ورواه الأزرقي من طريق الواقدي عن ابن أبي ذئب عن المقبري عن أبي هريرة مولى عقيل عن أم هانئ بنت أبي طالب رضى الله عنها قالت ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت له يا رسول الله انى أجرنا حوينا الى من المشركين فأراد هذا أن يقتلهم ما فقال عليه الصلاة والسلام ما كان له ذلك الحديث وكان الذى أجارته أم هانئ عبد الله بن أبي ربيعة بن المغيرة والحارث بن هشام بن المغيرة - كلاهما من بني مخزوم ومنها ما رواه أبو داود وحديث عثمان بن أبي شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة رضى الله عنها قالت ان كانت المرأة لتجير على المؤمنين فيجوز وترجم الترمذي باب أمان المرأة حديثاً يحيى بن أكرم الى أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان المرأة لتأخذ القوم بعني تجير القوم على المسلمين وقال حديث حسن غريب وقال في عملة الكبرى سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال هو حديث صحيح وكثير بن زيد وهو في السند سمع من الوليد بن رباح والوليد بن رباح سمع من أبي هريرة ومنها حديث جارية زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا العاص فقال عليه الصلاة والسلام ألا وانه يجير على المسلمين أدناهم رواه الطبراني بطوله قال المصنف (ولانه من أهل القتال) أى الواحد كرا كان أو أتنى فانها من أهلها بالتسبب بما لها وعبيدها فيخاف منه (فيتحقق الامان منه للاقائه محله) أى محل الامان وهو الكافر الخائف واذا صدر التصرف من أهلها في محله نفذ (ثم يتعدى الى غيره) أى غير المجير من المسلمين وأما قوله ولان سببه لا يتجزأ الخ فيصلح تعليلاً بلا واولاً للتعدى فان ما ذكره من المعنى لا يزيد على اعتبار الامان بالنسبة الى المؤمن فاما تعديه الى غيره فليس ضرورياً فلا بد له من دليل وما ذكره من عدم التجزئ يصلح دليلاً فانه اذا لم يتجزأ كان أمان الواحد أمان الكل لأنه بعض أمان الكل واستدل على عدم تجزئه بأن سببه وهو الايمان لا يتجزأ فكذلك الامان وفسر بالتصديق الذى هو ضد الكفر وبعضهم باعطاء الامان لانه يقال آمنته فأمى أى أعطيته الامان فأمى ولا يصح أن يقال آمنت بمعنى صدقت بالدين فأمى الكافر أى حصل له الامان وهذا انما يتم اذا كان السبب علة وهو مجاز فان حقيقة السبب المفضى فلا يلزم من وجوده الوجود ولا شك أن الايمان بالله ورسوله سبب مفضى الى أمان الحربى باعطاء المسلم اياه فالحق أن كلامهم ما يصح الايمان أى اعطاء الامان سبب الامان بمعنى علة لا يتجزأ فلا يتجزأ الامان أو الايمان بمعنى التصديق سبب تحقيق الامان لا يتجزأ فلا يتجزأ الامان وصار

محله هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرنا وقوله (ثم يتعدى) أى الامان (الى غيره) أى غير الذى أمن من أهل الاسلام كما فى شهادة رمضان فان الصوم يلزم من شهادته رؤية الهلال ثم يتعدى منه الى غيره (قوله ولان سببه لا يتجزأ وهو الايمان) أى التصديق بالقلب (فكذلك الامان لا يتجزأ) فاذا تحقق من البعض فاما أن يطل أو يكمل لا يجوز الاول بعد تحقيق السبب فيتحقق الثانى كما اذا وجد الانكاح من بعض الاولياء المتساوية في الدرجة صح النكاح في حق الكل لان سبب ولايته وهو القرابة غير متجزئ فلا تجزأ الولاية فكذلك ههنا واعلم أن المصنف استدلل بالمعقول على وجهين جعل المناسط في أحدهما كون من يعطى الامان ممن يخافونه وفى الآخر الايمان والاول يقتضى عدم جواز أمان العبد المجهور والتاجر والاسير والثانى يقتضى جواز ولوجعهما على واحدة بمحذوف الواو من الثانى ليقع علة لقوله ثم يتعدى الى غيره كان أولى

ويمكن أن يجعل الاول علة والثانى شرطاً وسماه سبباً مجازاً والشئ يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجى في كلامه اشارة الى هذا

فوفصل واذا أمن رجل حر (قوله وهو الايمان أى التصديق) أقول قال الانقائى وهو الايمان أى اعطاء الامان اه وأنت خير بان تفسير الشارح أولى منه يدل عليه قول عمر رضى الله عنه انه رجل من المسلمين على ما سيجى

وقوله (الأن يكون في ذلك مفسدة) استثناء من قوله صح أمانهم وقوله (وقديناه) يعني في باب المواعدة بقوله وإن صالحهم مدناخ
 وإليه أيضا أشار بقوله (لما بينا) قبل قوله (ولو حاصر الامام حصنا وأمن واحد من الجيش) تكرار محض لانه علم ذلك من قوله الآن يكون
 في ذلك مفسدة وأقول يجوز أن يكون ذلك قبل أن يحاصر الامام وهذا بعده ويجوز أن يكون أعاده تعهيدا وتوطئة لقوله ويؤدبه الامام
 لاقتيانه على رأيه أي لسبقه (٣٠٠) على رأى الامام وحقيقة الاقتيات الاستعداد بالرأى وهو افتعال من الفتوت وهو

السبق قوله (ولا يجوز) أمان ذى لانه منهم بهم) أي بالكفار للانحداد في الاعتقاد وقوله (لا يصح أمانه لما بينا) يعني قوله والامان يختص بحمل الخوف قال (ولا يجوز أمان العبد الخ) اتفق العلماء على أن أمان العبد المأذون صحيح لما روى أن عبدا كتب على سهمه بالفارسية مترسبت ورمى به الى قوم محصورين فرفع ذلك الى عمر رضى الله عنه فأجاز أمانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمي فعل المقاتل وأما العبد المحجور عن القتال فلا يصح أمانه عند أبي حنيفة وبصح عند محمد والشافعي وذكر الكرخي قول أبي يوسف مع محمد واعتمد عليه القدوري في شرحه وذكر الطحاوي مع أبي حنيفة وهو الظاهر عنه واعتمد عليه صاحب الاسرار واستدل محمد بالحديث ظاهر وقوله (ولانه مؤمن تمتنع) أي ذو قوة وامتناع إشارة الى شرط جواز الامان وهو الايمان

كولاية الانكاح قال (الأن يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم) كما إذا أمن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة فينبذ الامام لما بينا ويؤدبه الامام لاقتيانه على رأيه بخلاف ما إذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا (ولا يجوز أمان ذى) لانه منهم بهم وكذا الاولايه له على المسلمين قال (ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم) لانها مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهم والامان يختص بحمل الخوف ولانهم ما يجبران عليه فيعري الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيخلصون بأمانه فلا ينفخ لنا باب الفتح ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها لا يصح أمانه لما بينا (ولا يجوز أمان العبد المحجور عند أبي حنيفة الآن بأذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح) وهو قول الشافعي وأبو يوسف معه في رواية ومع أبي حنيفة في رواية لمحمد قوله عليه السلام أمان العبد أمان رواه أبو موسى الاشعري ولانه مؤمن تمتنع فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له في القتال وبالمؤبد من الامان

(كولاية الانكاح) اذا زوج أحد الاولياء المستوين نفذ على الكل واعلم أن كونها لا تجزأ انما علمناه من النص الموجب للنفاذ على الكل اذا صدر من واحد فهو المرجع في ذلك (وقوله الا اذا كان في ذلك) أي أمان الواحد (مفسدة فينبذ اليهم) كما إذا أمن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه في الباب السابق وهو قولنا بفعل تحرزا عن الغدر وعن ترك الجهاد صورة ومعنى وأما قوله (ولو حاصر الامام حصنا وأمن واحد من الناس الخ) فليس تكرارا محض بل ذكره ليبنى عليه قوله (ويؤدبه الامام لاقتيانه على رأيه بخلاف ما إذا كان فيه نظر) لا يؤدبه (لا تهربا) فعل ذلك مخافة أن تفوت المصلحة بالتأخير الى أن يعلم الامام بها ويؤمن هو بنفسه والاقتيات افتعال من الفتوت وهو السابق وانما يقال الافتعال للسبق الى الشيء دون اثنار من ينبغي أن يؤامر فيه بخلاف غيره يقال فاتى ذلك الفارس أي سبقتني فأصله اقتوات قلبت واووه ياء لكسر ما قبلها والتعليل به مطلقا يقتضى أن يؤدبه مطلقا لتحقيق الاقتيات فيما فيه المصلحة فالوجه تقييده بقولنا اقتيات فيما لا مصلحة فيه (قوله ولا يجوز أمان ذى لانه منهم بهم) على المسلمين لموافقته لهم اعتقادا وأيضا لولاية الكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والامان من باب الولاية لانه نفاذ كلامه على غيره شاء أو أبى (ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم) في دار الحرب لانهم ما مقهوران تحت أيديهم والامان يختص بحمل الخوف ولانهم ما يجبران عليه فيعري الامان عن المصلحة ولانه كلما اشتد الامر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيخلصون بأمانه فلا ينفخ لنا باب الفتح (قوله ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها لا يصح أمانه لما بينا) من أن الامان يختص بحمل الخوف ولا خوف منه حال كونه مقبيا في دارهم لامتنة ولا قوة دفاع (قوله ولا يصح أمان العبد المحجور عليه عند أبي حنيفة الآن بأذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي) وبه قال مالك وأحمد (وأبو يوسف في رواية) لاطلاق الحديث المذكور وهو قوله ويسعى بذمتهم أدناهم (و) لما (روى أبو موسى الاشعري من قوله عليه الصلاة والسلام أمان العبد أمان ولانه مؤمن تمتنع) أي له قوة تمتنع بها ويضر غيره (فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له في القتال والمؤبد من الامان) وهو عقد الذمة فان العبد

المحجور

والى علمه وهو الخوف لان الخوف انما يحصل من له قوة وامتناع وقوله (وبالمؤبد من الامان) يعني عقد الذمة

فان الحرب اذا عقد عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد يصح هذا العقد والقبول من العبد وبصير ذميا بالاتفاق

(قوله وقوله الآن يكون في ذلك مفسدة استثناء من قوله صح أمانهم) أقول بل استثناء من قوله ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم (قوله قبل قوله ولو حاصر الامام) أقول صاحب القيل هو الاتقاني (قوله وأقول يجوز أن يكون ذلك الى قوله ويجوز أن يكون الخ) أقول في كلا الوجهين بحث

حق تجري عليه أحكام أهل الذمة من المنع عن الخروج إلى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك وقوله (فالإيمان لكونه شرطاً للعبادة) يعني شرطنا الإيمان في قولنا ولأنه مؤمن ممنوع فبصحة أمانه لأنه شرط للعبادة (والجهاد عبادة) وهذا هو الموعد بقولنا فيما تقدم وسيجيء في كلامه إشارة إلى هذا وقوله (والامتناع) يعني وشرطنا الامتناع لتحقيق إزالة الخوف به وقوله (والتأثير أعزاز الدين) يعني العلة الجامعة في قياس العبد المحجور على المأذون له أعزاز الدين وإقامة المصلحة الخ وتحقيق هذا أن الوصف المؤثر في أمان العبد المأذون له الامتناع وشرطه الإيمان وهذا الوصف معطل بظهور أثره وهو أعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين في عين هذا الحكم وهو الأمان في الحرف إذا وجد في المحجور عليه صح تعديته إليه كما في سائر الأقيسة وقوله (وانما لا يملك المسابقة) جواب عما يقال الأصل في الجهاد هو المسابقة وهو لا يملكه فلا يملك الأمان أيضاً وتقريره انما لا يملك المسابقة (لما قبله من (٣٠١) تعطيل منافع المولى) وهو لا يملك ذلك (ولا تعطيل) لمنافعه (في

مجرد القول) وقوله (ولابى حنيفة أنه محجور عن القتال) يصح أن يكون معانعة وتقريره لا نسلم وجود الامتناع لأن الامتناع انما يكون لتحقيق إزالة الخوف وهم لا يخافونه وأن يكون معارضة وهو الظاهر من كلام المصنف وتقريره أنه محجور عن القتال وكل محجور عن القتال لا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه وفيه نظر فإن الخوف أمر باطن لا دليل على وجوده ولا عدمه فالكفار من أين يعلمون أنه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه والجواب أن ذلك يعلم بترك المسابقة فانهم لما رأوا أنساباً مقتدراً على القتال مع المقاتلين ولا يحمل سلاحاً ولا يقاتلهم علموا أنه ممنوع عن ذلك من المنع ولو قال المصنف أنه محجور عن القتال والأمان نوع

فالإيمان لكونه شرطاً للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقيق إزالة الخوف به والتأثير أعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين إذا كان الكلام في مثل هذه الحالة وانما لا يملك المسابقة لما قبله من منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابى حنيفة أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه فلم يلاق الأمان محله بخلاف المأذون له في القتال لأن الخوف منه متحقق ولأنه انما لا يملك المسابقة لما أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعبري عن احتمال الضرر في حقه والأمان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لأنه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف المأذون لأنه رضى به والخطأ نادر لبأسرته القتال وبخلاف المؤبد لأنه خلف عن الإسلام فهو بمنزلة الدعوة إليه ولأنه مقابل بالجزية ولأنه مفروض عند مسئلتهم ذلك واسقاط الفرض نفع فافتقرا

المحجور إذا عقد الذمة لأهل مدينة صح ولزم وصاروا أهل ذمة فهذا هو الموقت من الذمة أولى بالصحة وهذا لأن ذلك تمام المؤثر في صحة الأمان أما الإيمان فلا منه شرط للعبادات والجهاد من أعظمها وأما اعتبار الامتناع فلتحقق إزالة الخوف وبذلك يتحقق المؤثر الجامع بين الأصل والفرع وهو (أعزاز الدين وإقامة مصلحة المسلمين إذا كان الكلام في مثل هذه الحالة) لا فبالامتناع فيه (وانما لا يملك المسابقة) أي الجهاد بالسيف لتعريض منافعه المملوكة للمولى على الفوات بأن يقتل وهذا المانع انما يؤثر في الجهاد بذلك الوجه لا بوجه إعطاء الأمان لمصلحة المسلمين فلم يبق بينه وبين المحجور عليه في هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه (ولابى حنيفة) ومالك في رواية سمخون عنه (أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه) لانتفاء الخوف منه (فلم يلاق الأمان محله) وهو الخائف من المؤمن فلم يحصل المؤثر فيه وهو الأعزاز لأنه من لا يخاف منه ولا المصلحة لأن الظاهر أنه يخطئ لأن معرفة المصلحة في الأمان انما تقوم عن مباشر القتال وهو المأذون لأنه أدري بالامر من غير الممارس له وفي خطئه سد باب الاستغنام على مولاه وعلى المسلمين فلم يعبر عن احتمال الضرر احتمالاً راجحاً (بخلاف) العبد (المأذون وبخلاف) الأمان (المؤبد) بإعطاء الجزية (لأنه خلف عن الإسلام فهو بمنزلة الدعوة إلى الإسلام) ولكل مسلم عبد أو حر ذلك (ولأنه مقابل بالجزية) فالمصلحة للسيد وإعامة المسلمين محققة فيه (ولأنه مفروض عند مسئلتهم) لأن الله تعالى غيباقتالهم به بقوله تعالى حتى يعطوا الجزية فني عقد الذمة لهم (اسقاط الفرض) عن الامام وعامة المسلمين وهو كذلك (نفع) محقق (فاقتقرا) واعلم أن وجه العامة تضمن قياسين قياس

قتال لكان أسهل اثباتاً للذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فتأمل وقوله (وفيه ما ذكرناه) يريد أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعبري عن احتمال الضرر وقوله (وفيه سد باب الاستغنام) أي على المسلمين وذلك ضرر في حقهم فإذا كان ممنوعاً عن الضرر للمولى فكيف يصح منه ما يضر المولى والمسلمين وقوله (وبخلاف المؤبد) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على عقد الذمة (لأنه) أي الأمان المؤبد (خلف عن الإسلام) من حيث إنه ينتهي به القتال المطلوب به إسلام الحربي (فهو بمنزلة الدعوة إليه) أي إلى الإسلام وهي نفع (ولأنه مقابل بالجزية) وهي نفع (ولأنه مفروض عند مسئلتهم ذلك) يعني أن الكفار إذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الامام اجابتهم إليه (واسقاط الفرض نفع فافتقرا)

(قال المصنف فالإيمان لكونه شرطاً الخ) أقول سيجي أن الأمان نوع قتال (قوله وهذا هو الموعد بقولنا فيما تقدم الخ) أقول يعني تقدم تخميناً بعشرين سطرًا وهو قوله والنبي يبق على عدمه عند عدم شرطه وسيجيء في كلامه إشارة إلى هذا (قوله ولو قال المصنف أنه محجور عن القتال الخ) أقول إن أراد أنه محجور عن القتال الحقيقي والحكمي فهو ممنوع بل هو أول المسئلة وإن أراد أنه محجور عن الحقيقي فليس الأمان منه ولعله انما أمر بالتأمل لذلك

ولو آمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وإن كان يعقل وهو مجبور عن القتال فعلى الخلاف وإن كان مأذونا له في القتال فلا يصح أنه يصح بالاتفاق

أمان المجبور على أمان المأذون في القتال وقياس أمان المجبور على عقد الذمة من المجبور ولا شك أن فرق أبي حنيفة في الثاني متجه وأما دفعه القياس الأول فلا لأنه ان فرق بأنه لا يخاف منه والآخر يخاف منه فالظاهر أن ذلك بالنسبة إلى أهل الحرب غير معلوم فانهم لا يعرفون المأذون له فخافونه من غيره فلا يخافونه بل كل من رأوه مع المسلمين سوى البنية فهو مخوف لهم وأما بأن الظاهر خطؤه في المصلحة فلا تأثير له لأن الأمان غير لازم إذا لم يكن فيه مصلحة بل إذا كان كذلك نبذ اليهم الإمام به نعم الاستدلال بالحديث المروي عن أبي موسى غير تام لأنه حديث لا يعرف فان قلت فقد روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي قال شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاهرنا فحاصرها شهرا حتى إذا كذا ذات يوم وطمعت أن نصحبهم انصرفنا عنهم عند المقيبل فتخلف عبد منافا ستأمنوه فكتب اليهم أمابا ثم رعى به اليهم فلما رجعنا اليهم خرجوا اليها في ثيابهم ووضعوا أسلحتهم فقلنا لهم ما شأنكم فقالوا أمنتونا وأخرجوا اليها أسلحتهم فيه كتاب بأمانهم فقلنا هذا عبد والعبد لا يقدر على شيء قالوا لا ندري عبدكم من حركم وقد خرجنا بأمان فكتبنا إلى عمر رضي الله عنه فكتب أن العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم ورواه ابن أبي شيبة وزادوا جازعاً أمانه فالجواب أنها واقعة حال بخلاف كونه مأذونا له في القتال وأيضا جاز كونه مجبورا والأمان كان عقداً ذمياً وأنه يصح منه والله أعلم الآن إطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم في رواية عبد الرزاق يقتضي إناطته مطلقاً بذلك والحديث جيد وفضيل بن يزيد الرقاشي وثقه ابن معين (قوله وإن آمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح) بإجماع الأئمة الأربعة (كالمجنون وإن كان يعقل وهو مجبور عن القتال فعلى الخلاف) بين أصحابنا لا يصح عند أبي حنيفة ويصح عند محمد وبقول أبي حنيفة قال الشافعي وأحمد في وجهه لأن قوله غير معتبر كطلاقه وعتاقه وبقول محمد قال مالك وأحمد (وإن كان مأذونا له في القتال فلا يصح أنه يصح بالاتفاق) بين أصحابنا وبه قال مالك وأحمد لأنه تصرف دائري بين النفع والضرر فملاك الصبي المأذون والمراد بكونه يعقل أن يعقل الإسلام ويصفه وأضاف أبو يوسف إلى أبي حنيفة في السير الكبير في عدم الصحة وإنما قال المصنف والاصح والله أعلم لأنه أطلق المنع في الصبي المراهق عن أبي حنيفة كما نقله الناطقي في الإجناس ناقلاً عن السير الكبير فقال قال محمد الغلام الذي راهق الحلم وهو يعقل الإسلام ويصفه جازله أمانه ثم قال وهو إذا قوله فأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فلا يجوز وكذا وقع الإطلاق في كفاية البيهقي فقال لا يجوز أمان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند أبي حنيفة وعند محمد يجوز إذا كان يعقل الإسلام وصفاته وكذا المختلط العقل لأنه من أهل القتال كالبالغ إلا أنه يعتبر أن يكون مسلماً بنفسه فهذا كما ترى إجماعاً للخلاف في الصبي مطلقاً قال المصنف والاصح التفصيل بين كون العاقل مجبوراً عن القتال أو مأذوناً فيه ففي الثاني لا خلاف في صحة الأمان وهذا ومن ألفاظ الأمان قولك للحربي لا تخف ولا توجل أو مترسبت أو لكم عهد الله أو ذمة الله أو تعال فاسمع الكلام ذكره في السير الكبير وقال الناطقي في السير أماناً سألت أبا حنيفة عن الرجل يشير بأصبعه إلى السماء لرجل من العدو فقال ليس هذا بأمان وأبو يوسف استحسن أن يكون أماناً وهو قول محمد والله أعلم

وقوله (فهو على الخلاف) يعني على قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا يصح أمانه وعند محمد يصح وقوله (والاصح أنه يصح بالاتفاق) أي باتفاق أصحابنا ليس على الخلاف لأنه تصرف دائري بين النفع والضرر كالبيع فملك الصبي بعد الأذن

باب الغنائم وقسمتها

أخر باب الغنائم وحكمها من فصل الأمان لأن الأمان بعد الحاصرة إما أن يؤمنهم أو يقتلهم ويستغنم أموالهم فلما فرغ من ذكر الأمان ذكر الغنائم وقسمتها والغنيمة ما نيل من أهل الشرك عنوة والحرب فائز وحكمها أن تخمس والباقي بعد الخمس للغنائم خاصة

باب الغنائم وقسمتها

لما ذكر قتال الكفار وذكري ما ينتهي به من الموادعة ذكر ما ينتهي إليه غالباً وهو القهر والاستيلاء على النفوس ورواها وإنما كان ذلك غالباً بالاستقراء تأييداً لله تعالى جيوش المسلمين ونصرتهم في الأكثر

باب الغنائم وقسمتها

(واذا فتح الامام بلدة عنوة) أي قهرا (فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين) كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر

(قوله واذا فتح الامام بلدة عنوة) يجوز في الواو ما قدمناه في قوله واذا حاصر الامام وفسر المصنف العنوة بالقهر وهو ضد هالانها من عناء عنوة وعنوا اذا ذل وخضع ومنه وعنت الوجوه للحي القيوم وانما المعنى فتح بلدة حال كون أهلها ذوى عنوة أي ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد الا في الفاظ عند بعضهم واطلاق اللازم واردة الملتزم في غير التعاريف بل ذلك في الاخبارات على أن يراد معنى المذكوّر لا المجازي لكن لينقل منه الى آخره المقصود بتلك الارادة ككثير الرماذ ولو اراد به نفس الجود كان مجازا من المسبب في السبب والوجه أنه مجازا شتهر فان عنوة اشتهر في نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه نفسه تعريفا واذا فتح الامام بلدة عنوة (فهو بالخيار ان شاء قسمه) أي البلد (بين الغنائم) مع رؤس أهلها استرقاها وأموالهم بعد اخراج الخس لجهاته وان شاء قتل مقاتلهم وقسم ما سواهم من الاراضي والاموال والذراري ويضع على الاراضي المقسومة العشر لانه ابتداء التوظيف على المسلم وان شاء من عليهم برقابهم وأرضهم وأموالهم فوضع الجزية على الرؤس والخراج على أرضهم من غير نظر الى الماء الذي يسقي به أهوما العشر كما السماء والعيون والادوية والابار وأموال الخراج كالانهار التي شققتها الاعاجم لانه ابتداء التوظيف على الكافر وأما المن عليهم برقابهم وأرضهم فقط فكروه الا أن يدفع اليهم من المال ما يتمكنون به من اقامة العمل والنفقة على أنفسهم وعلى الاراضي الى أن تخرج الغلال والافهم وتكليف بما لا يطاق وأما المن عليهم برقابهم مع المال دون الارض أو برقابهم فقط فلا يجوز لانه اضرار بالمسلمين بردهم حرا علينا الى دار الحرب ثم له ان يقيمهم أحرار اذمة بوضع الجزية عليهم بلامال يدفعه اليهم فيكونوا فقرا يكتسبون بالسعي والاعمال وله أن يقتلهم وله أن يسترقهم كما سيذكر هذا وقد قبل الاولى الاولى وهو قسمة الاراضي وغيرها اذا كان بالمسلمين حاجة والثاني عند عدمها ثم استدل على جواز قسمة الارض بقسمته عليه الصلاة والسلام خيبر بما في البخاري عن زيد بن أسلم عن أبيه قال قال عمر رضي الله عنه لولا آخر المسلمين ما فتحت بلدة ولا قرية الا قسمتها بين أهلها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ورواه مالك في الموطأ أخبرنا زيد بن أسلم عن أبيه قال سمعت عمر يقول لولا أن يترك آخر الناس لانشى لهم ما فتح المسلمون قرية الا قسمتها سهمانا كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر سهمانا فظاهر هذا أنه قسمها كلها والذي في أبي داود بسند جيد أنه قسم خيبر نصفين نصف النواثب ونصفا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما وأخرجه أيضا من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن رجال من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قسمها على ستة وثلاثين سهما جمع كل سهم مائة سهم يعني أعطى لكل مائة رجل سهما وقد جاء مبينا كذلك في رواية البيهقي فكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين النصف من ذلك وعزل النصف من ذلك لمن ينزل به من الوفود والامور ونواثب المسلمين وحاصل هذا أنه نصف النصف لنواثب المسلمين وهو معنى مال بيت المال ثم ذكره من طريق آخر وبين أن ذلك النصف كان الوطيح والكتيبة والسلام ونواثبها فلما صارت الاموال بيد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين ولم يكن لهم عمل يكفونهم علمها قد عارض رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود فعاملهم زاد أبو عبيد في كتاب الاموال فعاملهم بنصف ما يخرج منهم فلم يزل ذلك حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر حتى كان عمر فكثر العمال في المسلمين وقوا على العمل فأجلى عمر رضي الله عنه اليهود الى أرض الشام

(واذا فتح الامام بلدة عنوة)
 (أي قهرا) قال في النهاية
 قوله قهرا ليس بتفسيره
 لغة لان عناء عنوة بمعنى ذل
 وخضع وهو لازم وقهر متعد
 بل يكون هو تفسيره من
 طريق شعور الذهن لان
 من الذلة يلزم القهر أو ان
 الفتح بالذلة يستلزم القهر
 (فهو بالخيار ان شاء قسمه)
 أي قسم البلدة بتأويل
 البلد (بين المسلمين) كما فعل
 رسول الله صلى الله عليه
 وسلم بخيبر

باب الغنائم وقسمتها

(قوله وهو لازم وقهر متعد)
 أقول دليل ثان على أنه ليس
 تفسيراً

وان شاء أقرأه عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضهم الخراج كذا فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة) فان قيل قد خالفه في ذلك جماعة أجاب بقوله (ولم يحمد من خالفه) يريد به نفر يسير منهم بلال حتى دعا عليهم على المنبر فقال اللهم كفى بلالا وأصحابه فما حال الحول وفيهم عيين نظرف أي ما تواجبها (وفي كل من ذلك قدوة في تخير) ولقائل أن يقول لانسلم أن واحدا من الصحابة بل أكثرهم بصير قدوة على خلاف ما فعله رسول (ع . ٣٠)

(وان شاء أقرأه عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضهم الخراج) كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة في تخير وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغائبين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني

أحدهما أن فعل النبي صلى الله عليه وسلم إذا لم يعلم أنه عليه الصلاة والسلام على أي جهة ففعله يحمل على أدنى منازل أفعاله وهو الاباحية وحينئذ لا يستوجب العمل لا محالة فاذا ظهر دليل الصحابي جاز أن يعمل بخلافه والثاني أنه على تقدير أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك وجوبا فان عمر رضي الله عنه فعل ما فعل مستنبطا من قوله تعالى والذين جاؤا من بعدهم بعد قوله تعالى ما آفاه الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول ولذي القربى فيكون تابا بإشارة النص وهي تفيد القطع فيكون الواجب أحدهما يتعين بفعل الامام كلاهما الخير كما في خصال الكفارة ففعل النبي صلى الله عليه وسلم أحدهما وعمر الآخر (وقيل) في التوفيق بينهما ان (الاولى هو الاول عند حاجة الغائبين) كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم فانه كان عند حاجة المسلمين (والثاني عند عدم

وقسم الاموال بين المسلمين الى اليوم وقد اختلف أصحاب المغازي في أن خير فتحت كلها عنوة أو بعضها صلحا وصح أبو عمر بن عبد البر الاول وروى موسى بن عتبة عن الزهري الثاني وغلطه ابن عبد البر قال وانما دخل ذلك من جهة الحصنين اللذين أسلمهما أهلهم في حقن دماهم وهما الوطيط والسلام لما روى أنه صلى الله عليه وسلم لما حاصرهم فيها حتى أيقنوا بالهلكة سألوه أن يسيرهم وان يحقن لهم دماهم ففعل فحاز رسول الله صلى الله عليه وسلم الاموال وجميع الحصون الا ما كان من ذينك الحصنين الى أن قال فلما لم يكن أهل ذينك الحصنين مغنومين ظن أن ذلك صلح ولعمري انه في الرجال والنساء والذرية لضرب من الصلح ولكنهم لم يتركوا أرضهم الا بالحصار والقتال فكان حكمها حكمهم سائر أرض خير كلها عنوة غنمة مقسومة بين أهلها الى أن قال ولو كانت صلحا لملكها أهلها كما ملك أهل الصلح أرضهم وسائر أموالهم فالحق في ذلك ما قاله ابن اسحق عن الزهري أي انه افتحت عنوة دون ما قاله موسى بن عتبة عنه اه (قوله وان شاء أقرأه الى قوله هكذا فعل عمر بسواد العراق) لاشك في اقرار عمر رضي الله عنه أهل السواد ووضع الخراج على أراضهم على كل جريب عامر أو غامر على صاحبه أو لم يعمل درهما وقبيرا وفرض على كل جريب الكرم عشرة وعلى الرطاب خمسة وفرض على رقاب الموسرين في العام ثمانية وأربعين وعلى من دونه أربعة وعشرين وعلى من لم يجد شيئا اثني عشر درهما خمل في أول سنة الى عمر ثمانون ألف درهم وفي السنة الثانية مائة وعشرون ألف درهم الا أن في المشهور عن أصحاب الشافعي انها فتحت عنوة وقسمت بين الغائبين فجعلت لأهل الخس والمنقولات للغائبين والصحيح المشهور عندهم أنه لم يخصها بأهل الخس لكنه استطاب قلوب الغائبين واستردوها على أهلها بخراج يؤدونه في كل سنة وقال ابن شريح باعها من أهلها بمن منجم والمشهور في كتب المغازي أن السواد فتح عنوة وأن عمر رضي الله عنه وظف ما ذكرنا ولم يقسمها بين الغائبين محتجا بقوله تعالى ما آفاه الله على رسوله الى قوله والذين جاؤا من بعدهم أي الغنمة لله ولرسوله والذين جاؤا من بعدهم وانما تكون لهم بالمن بوضع الخراج والجزية ونلا عمر هذه الآية ولم يخالفه أحد الا نفر يسير كبلال وسلمان ونقل عن أبي هريرة فدعا عمر رضي الله عنه على المنبر وقال اللهم كفى بلالا وأصحابه قال في المبسوط فلم يحمدوا ونموا ورجعوا الى رأيهم وبدل على أن قسمة الاراضي ليس حتما أن مكة فتحت عنوة ولم يقسم النبي صلى الله عليه وسلم أرضها ولهذا ذهب مالك الى أن مجرد الفتح نصير الارض وقفا للمسلمين وهو أدري بالاخبار والآثار ودعواهم أن مكة فتحت صلحا لا دليل عليها بل على نقيضها ألا ترى أنه ثبت في الصحيح من قوله عليه الصلاة والسلام من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ومن أغلق بابا عليه فهو آمن ولو كان صلحا

لأمنوا

الحاجة) كما فعل عمر رضي الله عنه (ليكون عدة في الزمان الثاني

رقوله ففعل النبي عليه الصلاة والسلام أحدهما وعمر رضي الله تعالى عنه الآخر) أقول فيه نظر لان الآية ان أفادت القطع بطريق الإشارة بطل العمل بالحديث لانه ظني والافيعود السؤال وأيضا الواجب عند التعارض الترجيح أو العدول الى دليل آخر لا التحيز والا ثبت في كل موضع حصل فيه التعارض وليس كخصال الكفاية اذ لا تعارض هناك بل الدليل دل على التخيير ولم يدل دليلان على شيئين متنافيين كما هنا

وهذا أي اقرار أهل بلدهم بالمدعى عليهم (في العقار ما في المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد) بأن يدفع اليهم مجانا وينعم به عليهم وانما قبض المنقول بالمجرد لانه يجوز المن عليهم بالمنقول بطريق التبعية للعقار وذلك في قوله بعد هذا وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما ينهيا لهم العمل وقوله (لانه لم يرد به) أي بالمدعى (الشرع فيه) أي في المنقول المجرد (وفي العقار خلاف الشافعي) فانه لا يجوز المن فيه قال (لان في المن ابطال حق الغائبين) عندكم لان حقهم قد ثبت وتأن كد بالاحراز فقد صار محرزاً بفتح البلدة واجراء أحكام الاسلام فيها وليس للإمام ذلك (أو ملكهم) يعني عندى فان الملك قد ثبت لهم بنفس الاحراز (فلا يجوز) يعني ابطال كل واحد من الحق والملك (من غير بدل بعهده) فان قبل الخراج بعهده أجاز بقوله (والخراج غير معادل لقلته) فان قبل فالحق (٣٠٥) أو الملك ثبت في رقابهم أيضا وجاز له أن لا يقسمها أجاز بقوله

(بخلاف الرقاب) يعني أن حقهم لم يتعلق بها (لان للإمام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل) فكذلكه أن يبطله بالخلاف وهو الجزية وهذا لأنها خلقت في الأصل أحراراً والملك ثبت بعرض فالإمام اذا استرقهم فقد بدل حكم الأصل فاذا جعلهم أحراراً فقد بطل حكم الأصل فكان جائزاً (والجدة عليه ماروينا) يعني من فعل عمر رضي الله عنه وقوله (ولان فيه نظراً) يعني أن تصرف الإمام وقع على وجه النظر في اقرار أهلها عليهم لانه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد فكان يكثر عليهم العدو وربما لا يهندون لذلك العمل أيضا فاذا تركها في أيديهم وهم عارفون بالعمل صاروا (كالاكره) أي المزارعين (العامة للمسلمين) بوجوه المزارعة والمؤمن مرتفعة مع ما أنه يحظى به

وهذا في العقار أما في المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي لان في المن ابطال حق الغائبين أو ملكهم فلا يجوز من غير بدل بعهده والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للإمام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل والجدة عليه ماروينا ولان فيه نظراً لانهم كالاكره العاملة للمسلمين العاملة بوجوه الزراعة والمؤمن مرتفعة مع ما أنه يحظى به الذين باتون من بعد والخراج وان قل حال فقد جل ما لا دوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما ينهيا لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة قال (وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم) لانه عليه الصلاة والسلام قد قتل

لا آمنوا كلهم به بلا حاجة الى ذلك والى ما ثبت من اجارة أم هانئ من اجارته ومدا فعتا عليا عن قتله وأمره عليه الصلاة والسلام بقتل ابن خطل بعد دخوله وهو متعلق باستار الكعبة وأظهر من الكل قوله عليه الصلاة والسلام في الصحيحين ان الله تعالى حرم مكة يوم خلق السموات والارض لا يسفك به دم الى ان قال فان أحد ترخص بقتل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقتلوا له ان الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم فقوله بقتل رسول الله صلى الله عليه وسلم صريح في ذلك (قوله وفي العقار خلاف الشافعي) فعنده يقسم الكل (لان في المن) بالارض (ابطال حق الغائبين) على قولكم (أو ملكهم) على قولي (فلا يجوز) للإمام ذلك (بلا بدل بعهده والخراج لا يعادل لقلته) بالنسبة الى رقبه الارض (بخلاف الرقاب لان للإمام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل والجدة عليه ماروينا) من فعل عمر رضي الله عنه مع وجود العصابة فلم يعارضوه فكان اجاعاً فان قبل لا ينعقد الاجماع بخلافه بلال ومن معه أجيب بانه لم يسوغ اجتهادهم بدليل أن عمر دعا عليهم ولوسوغوا لهم ذلك لما دعا على المخالف (ولان فيه نظراً) للمسلمين (لانهم) يصيرون كالاكره العاملة للمسلمين العاملة بوجوه الزراعة مع ارتفاع المؤمن عن المسلمين وفي هذا من النظر ما لا يخفى (مع أنه يحظى به الذين باتون من بعد) فيحصل عموم النفع للمسلمين (والخراج وان قل حال فقد جل ما لا) فربما يحصل منه على طول الزمان اضعاف قيمة الارض (قوله وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم) يعني اذا لم يسلموا (لانه عليه الصلاة والسلام قد قتل) من الاسارى اذا شك في قتله عقبة ابن أبي معيط من اسارى بدر والنضير بن الحرث الذي قاتل فيه أخته قبله الابيات التي منها

بارا بك ان الانبيل مظنة * من صبح خامسة وانت موفق
أبلغ بها مبتان تحبب * ما لئن ترال به الر كائب تخفق
منى البك وعسيرة مسفوحة * جادت بوا كفها وأخرى تخفق

(٣٩ - فتح القدير رابع) الذين باتون من بعد) كان فيه نظراً لما لا يمكن جازراً قوله (والخراج وان قل) اجواب عن قوله (والخراج غير معادل لقلته) وتقديره الخراج وان قل (حالا) لكونه بعض ما يمكن أن يخرج في سنة (فقد جل ما لا دوامه) بوجوبه في كل سنة قوله (وان من عليهم) ظاهر وقوله (ليخرج عن حد الكراهة) معناه ما قال الامام الترمذى فان من عليهم برقابهم وأراضهم وقسم النساء والذرية وسائر الاموال جاز ولكن بكرة لانهم لا ينتفعون بالاراضي بدون المال ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به تربية العمر الآن دفع لهم ما يمكنهم به العمل في الاراضي قال (وهو في الاسارى بالخيار) الامام فيما حصل تحت يده من الاسارى مخبرين الامور الثلاثة (ان شاء قتلهم لانه صلى الله عليه وسلم قد قتل) عقبة بن أبي معيط والنضير بن أبي سهل بعدما حصلوا في يده وقتل بنى قريظة بعد ثبوت البعد عليهم فان أسلموا سقط عنهم القتل لانه عقوبة وجبت للبقاء على الكفر فاذا زال الكفر سقط القتل

(وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام) فان أسلموا بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق لان الرق جزاء الكفر الاصل
على ما عرف بخلاف ما اذا أسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل والاسترقاق أيضا لانه قد صار أولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك
وهو الاستيلاء والاخذ (وان شاء تركهم أحرار اذمة للمسلمين لما بينا) من فعل عمر رضي الله عنه فان قيل فاقولوا المشركين ينافي ترك قتلهم
فترجى يجوز أجيب بأنه ترك العمل به في حق أهل الذمة والمستأمن فكذا في المتنازع فيه بفعل عمر رضي الله عنه وقوله (الامشركي العرب)
استثناء من قوله وان شاء تركهم أحرارا ولقائل أن يقول هذه الأدلة تدل على خلاف المدعى لان المدعى هو أن يكون الامام مخيرا بين الامور
الثلاثة والأدلة تدل على وجوب (٣٠٦) كل واحد منها لانه قال لان فيه حسم مادة القتال وذلك واجب لاحالة ثم قال لان

فيه دفع شرهم مع وفور
المنفعة لاهل الاسلام وهو
كالاول وأقوى ثم استدلل
بما فعل عمر رضي الله عنه
بقوله لما بينا وهو انما يصح
على تقدير ان يكون ما فعله
واجبا والزم التخيير بين
الواجب وغيره وهو لا يجوز
والجواب أن كل واحد من
الامور واجب والامام
مخير بينها كما في الواجب الخير
وقوله (ولا يجوز أن يردهم)
ظاهر وقوله (ولا يفادي
بالاسارى) المفاداة بين
اثنين يقال فاداه اذا أطلقه
وأخذ فدينه ومنه قوله ولا
يفادي بالاسارى أى لا يعطى
أسارى الكفار ويؤخذ
منهم أسارى المسلمين أو
المال عند أبي حنيفة وقال
أبو يوسف ومحمد يفادي بهم
أسارى المسلمين ولا يجوز
الفسدية بالمال وجعل في
السير الكبير قولهما ما أظهر
الروايتين عن أبي حنيفة
ووجه ذلك ما ذكره أن فيه
مخلص المسلم وهو أولى

ولان فيه حسم مادة الفساد (وان شاء استرقهم) لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام (وان
شاء تركهم أحرار اذمة للمسلمين) لما بينا (الامشركي العرب والمرتدين) على ما بين ان شاء الله تعالى
(ولا يجوز أن يردهم الى دار الحرب) لان فيه تقويتهم على المسلمين فان أسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه
(وله أن يسترقهم) توقير المنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب
بعد (ولا يفادي بالاسارى عند أبي حنيفة) وقال يفادي بهم أسارى المسلمين (وهو قول الشافعي لان فيه
مخلص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به) وله أن فيه معونة للكفرة لانه يعود حرا علينا ودفع
شره ابه خيرا من استنقاذ

ما كان ضررا لو منعت وربما * من الفتي وهو المغيظ المهنق

الابيات وطعجة بن عدى وهو أخو المظلم بن عدى وأما ما قال هشيم أنه قتل المظلم بن عدى فغلط بلا
شك وكيف وهو عليه الصلاة والسلام يقول لو كان المظلم بن عدى حيا لشفعته في هؤلاء النتنى (ولان في
قتلهم حسم مادة الفساد) الكائن منهم بالكلية (وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة
لاهل الاسلام) ولهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة أن يقتل أسيرا بنفسه لان رأى فيه الى الامام فقد يرى
مصلحة المسلمين في استرقاقه فليس له أن يفتات عليه وعلى هذا فلو قتل بلاملحى بأن خاف القتال شر
الاسير كان له أن يعززه اذا وقع على خلاف مقه ووده ولكن لا يضمن بقتله شيئا (وان شاء تركهم أحرار اذمة
للمسلمين لما بينا) من أن عمر فعل ذلك في أهل السواد وقوله (الامشركي العرب والمرتدين) يعنى اذا
أسروا فان السلام في الاسارى ويتحقق الاسرى المرتدين اذا غلبوا وصاروا حرا (على ما بين ان
شاء الله تعالى) في باب الجزية من أنه لا تقبل منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم بل إما الاسلام أو السيف (فان
أسلم الاسارى) بعد الاسر (لا يقتلهم) لان الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالاسلام ولكن
يجوز استرقاقهم لان الاسلام لا ينافي الرق جزاء على الكفر الاصل وقد وجد بعد انعقاد سبب الملك وهو
الاستيلاء على الحربى غير المشرك من العرب (بخلاف ما لو أسلموا قبل الاخذ) لا يسترقون ويكفون
أحرار لانه اسلام قبل انعقاد سبب الملك فيهم (قوله ولا يفادي بالاسارى عند أبي حنيفة) هذه احدى
الروايتين عنه وعليها منى القدورى وصاحب الهداية وعن أبي حنيفة أنه يفادي بهم كقول أبي
يوسف ومحمد والشافعي ومالك وأحمد الا بالنساء فانه لا يجوز المفاداة بهن عندهم ومنع أحمد المفاداة
بصبيانهم وروى أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك وهذه رواية السير الكبير قبل وهو أظهر الروايتين
عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف تجوز المفاداة بالاسارى قبل القسمة لا بعد ها وعند محمد تجوز بكل حال
وجه ما ذكر في الكتاب (أن فيه معونة للكفرة لانه يعود حرا علينا ودفع شره ابه خيرا من استنقاذ

من قتل الكافر والانتفاع به وقوله (وله أن فيه تقوية) وفي بعض النسخ معونة ظاهر ويجوز أن يعز هذا في مبرز
دفع الضرر العام بحمل الضرر الخاص كما مر في سورة الرمي عند التمس بالمسلمين

(قوله وقوله الامشركي العرب استثناء من قوله الخ) أقول فيه تأمل والظاهر أنه استثناء من قوله وهو في الاسارى بالخيار (قوله والامام مخير
بينها كما في الواجب الخير) أقول اذا تعدد الدلائل وكل دليل يدل على خلاف ما يدل الآخر وجوباً يكون ذلك من المعارضة لامن الواجب
الخير فان الدليل في الواجب الخير واحد دل على شئ واحد وهو التخيير وههنا ليس كذلك اذ لم يدل دليل من الأدلة المذكورة على التخيير
ولا مجموعها اذ تعارض الأدلة لا يقتضى التخيير بل بصارى الترجيح ان أمكن والا فالى دليل آخر من الأدلة الاربعة كما تقرر في الأصول

الاسير المسلم لانه اذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف اليه والاعانة بدفع أسيرهم اليهم مضاف اليه
 البنا أما المفاداة بمال يأخذونه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا وفي السير الكبير أنه لا بأس به اذا
 كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى بدر ولو كان أسلم الأسير في أيدينا لا يفادي بعلم أسير في أيديهم لانه
 لا يفيد الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على اسلامه قال (ولا يجوز لمن عليهم) أي على الأسارى
 خلافاً للشافعي فإنه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الأسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى
 فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالأسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه

الاسير المسلم لانه اذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه فقط (والضرر بدفع أسيرهم اليهم يعود على جماعة
 المسلمين وجه الرواية الموافقة لقول العامة أن تخلص المسلم أولى من قتل الكافر والاتفاق به لان حرم
 عظيمة وما ذكر من الضرر الذي يعود اليه يدفعه ظاهر المسلم الذي يتخلص منهم لانه ضرر
 شخص واحد فيقوم بدفعه واحد مثله ظاهر أفتى كافاً أن تبقى فضيلة تخلص المسلم وتمكينه من عبادة
 الله كما ينبغي زيادة ترجيح ثم انه قد ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرج مسلم في صحيحه وأبو
 داود والترمذي عن عمران بن حصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فدى رجلين من المسلمين
 برجل من المشركين وأخرج مسلم أيضاً عن أبيه عن جابر عن أبي بكر
 أنه عليه السلام صلى الله عليه وسلم إلى أن قال فلقيني رسول الله صلى الله عليه وسلم في السوق فقال
 لي يا سلمة هب لي المرأة أولئك أعني التي كان أبو بكر نفلها ياها فقلت هي لذي يارسل الله والله ما كشفت
 لها ثوباً فبعث بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ففدى بها ناساً من المسلمين كانوا أسروا بمكة إلا أن هذا
 يخالف رأيهم فأنهم لا يفادون بالتسام يبيى الأول (قوله) أما المفاداة بمال يأخذونه منهم لا يجوز في
 المشهور من المذهب لما بينا في المفاداة بالمسلمين من ردهم حراً بعيننا (وفي السير الكبير أنه لا بأس به اذا كان
 بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى بدر) اذ لا شك في احتياج المسلمين بل في شدة حاجتهم اذ لا ظلم يمكن محمل
 المفاداة الكائنة في بدر بالمال وقد أنزل الله تعالى في شأن تلك المفاداة من العتب بقوله تعالى (ما كان
 لشيء أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض) أي يقتل أعداء الله من الأرض فينفهم عنها (تريدون
 عرض الدنيا والله يريد الآخرة) وقوله تعالى (ولا كتاب من الله سبق) وهو أن لا يعذب أحد قبل
 النهي ولم يكن نهاهم (المسكم فيما أخذتم) من الغنائم والأسارى (عذاب عظيم) ثم أحلها له ولهم رجة منه
 تعالى فقال فكلوا مما غنمتم حلالاً طيباً للجموع من الفداء وغيره وقيل للجنة فان قيل لا شك أنه
 من الجنة قلنا لو سلم فلا شك أنه يجب تقييده بما إذا لم يضرب بالمسلمين من غير حاجة وفي رده تكثير
 المحاربين لغرض ديني وفي الكشف وغيره أن عمر رضي الله عنه كان أشار بقتلهم وأبو بكر يأخذ
 الفداء تقرباً ورجاء أن يسلموا وروى أنهم لما أخذوا الفداء نزلت الآية فدخل عمر رضي الله عنه على
 النبي عليه الصلاة والسلام فاذا هو وأبو بكر يكرهان فسأله فقال أبكي على أصحابك في أخذهم الفداء لقد
 عرض على عذابهم أدنى من هذه الشجرة قال وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لو نزل من السماء
 عذاب ما نجا منه إلا عمر وسعد بن معاذ لقوله كان الاثنان في القتل أحب إلى الله أعلم بذلك (قوله) ولو
 أسلم الأسير وهو في أيدينا لا يفادي به لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على اسلامه (فيجوز
 لانه يفيد تخلص مسلم من غرض الرسل آخر (قوله) ولا يجوز لمن على الأسارى وهو أن يطلقهم
 إلى دار الحرب بغير شيء (خلافاً للشافعي) اذ رأى الإمام ذلك ويقولنا قال مالك وأحمد وجه قول
 الشافعي قوله تعالى فاما من بعد واما فداء ولانه عليه الصلاة والسلام من على جماعة من أسرى بدر منهم
 أبو العاص بن أبي الربيع على ما ذكره ابن اسحق بسنده وأبو داود من طريقه إلى عائشة لما بعث أهل
 مكة في فداء أسراهم بعثت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في فداء أبي العاص بمال وبعثت فيه

(وأما المفاداة بأخذ المال
 منهم) في اطلاق أسراهم (قلا
 تجوز في المشهور من مذهب
 أصحابنا لما بينا) ان فيه
 تقوية أو معونة للكفرة
 يعودهم حراً بعيننا (وفي
 السير الكبير أنه لا بأس به
 اذا كان بالمسلمين حاجة
 استدلالاً بأسارى بدر) وسبب
 جوابه وقوله (ولا يجوز لمن
 عليهم) المراد باليمن عليهم
 هو الانعام عليهم بأن يتركهم
 مجاناً من غير استرقاق ولا
 ذمة ولا قتل (خلافاً
 للشافعي فإنه يقول من
 رسول الله صلى الله عليه
 وسلم على بعض الأسارى
 يوم بدر) يعني بأعزة
 الجمعي (ولنا قوله تعالى
 فاقتلوا المشركين حيث
 وجدتموهم ولانه بالأسر
 والقسر ثبت حق الاسترقاق
 فيه) للشافعي

فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا (واذا أراد الامام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها) وقال الشافعي يتركها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة الا لما كلة ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكة الاعداء ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتحريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقول لانه مثله

بقلادة كانت خديجة رضى الله عنها أدخلتها بها على أبي العاص حين بنى بها فلما رأى النبي صلى الله عليه وسلم ذلك رفق لها رقة شديدة وقال لأصحابه ان رأيتم أن تطلقوها أسيرها وتزدوا عليها الذي لها فافعلوا ففعلوا ورواه الحاكم وصححه وزاد وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد أخذ عليه أن يخلى زينب اليه ففعل وذكرا بن اسحق أن ممن من عليه المطلب بن حنطب أسره أبو أيوب الانصارى فخلى سبيله وأبو عزة الجمحي كان محتاجا ذابنات فكام رسول الله صلى الله عليه وسلم فخن عليه وأخذ عليه أن لا يظاهر عليه أحد او امتدح رسول الله صلى الله عليه وسلم بأبيات ثم قدم مع المشركين في أحد فأسر فقال يا رسول الله أقتلني فقال عليه الصلاة والسلام لا تمسح عارضيك عكة بعدها تقول خدعت محمد امرتين ثم أمر بضرب عنقه ويكنى ما ثبت في صحيح البخارى رحمه الله من قوله عليه الصلاة والسلام في أسارى بدر لو كان المطم ابن عدي حيا ثم كلمني في هؤلاء النتنى لتركتهم له والعجب من قول شارح بهذا لا يثبت المن لان لو لا امتناع الشيء لا امتناع غيره يعني فيفيد امتناع المن ولا يخفى على من له أدنى بصيرة بالكلام أن التركيب اخبار بأنه لو كلفه لتركتهم وصدقه واجب وهو بأن يكون المن جائزا فقد أخبر بأنه يطلقهم لوسأله اياهم والاطلاق على ذلك التقدير لا يثبت منه الا وهو جائز شرعا وكونه لم يقع لعدم وقوع ما علق عليه لا ينفى جوازه شرعا وهو المطلوب وأجاب المصنف بأنه منسوخ بقوله تعالى اقتسلاوا المشركين من سورة براءة فانها تقتضى عدم جواز المن وهي آخر سورة نزلت في هذا الشأن وقصة بدر كانت سابقة عليها وقد يقال ان ذلك في حق غير الاسارى بدليل جواز الاسترقاق فيه يعلم أن القتل المأمور حتميا في حق غيرهم (قوله واذا اراد الامام العود معه مواس) أى من مواسى أهل الحرب (فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها ثم أحرقها ولا يعقرها) كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان وعقر جعفر بن أبي طالب رضى الله عنه فرسه ربما كان لظنه عدم الفتح في تلك الواقعة نخشى أن ينال المشركون فرسه ولم يتمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال أو كان قبل نسخ المثلة أو علم بها (ولا يتركها) لهم (وقال الشافعى) وأحمد (يتركها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة الا لما كلة) قلنا هذا غريب لم يعرف عنه عليه الصلاة والسلام نعم روى من قول أبي بكر نفسه رواه مالك في موطئه عن يحيى بن سعيد أن أبا بكر رضى الله عنه بعث جيوشا الى الشام فخرج يتبع يزيد بن أبي سفيان فقال انى أوصيك بعشر لا تقتلن صبيا ولا امرأة ولا كبيرا هزما ولا تقطعن شجرا ثمرا ولا تعقرن شاة ولا بقرة الا لما كلة ولا تخربن عامرا ولا تحرقن ولا تغرقن ولا تخبن ولا تغفلن ثم هو محمول على ما اذا آنس الفتح وصيرورة البلاد دار اسلام وكان ذلك هو المستمر في بعوث أبي بكر وعمر رضى الله عنهم فاعتباره كان ذلك وقد قلنا بذلك وذكرا فيما تقدم أنه اذا كان ذلك فلا تحرق ولا تخرب لانه اتلاف مال المسلمين الا ترى الى قوله لا تحرقن وهو رضى الله عنه قد علم قوله عليه الصلاة والسلام أغر على أبى صباح ثم حرق بنى مجرد ذبح الحيوان وانه لغرض الاكل جائز لانه غرض صحيح (ولا غرض أصح من كسر شوكتهم) وتعريضهم على الهلكة والموت وانما يحرق (لينقطع منفعه عن الكفار وصار كتحريب النيران) والتحريق لهذا الغرض الكريم (بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه) وفيه أحاديث كثيرة منها حديث البخارى عن أبى هريرة قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعث فقال لنا ان وجدتم فلانا وفلانا

(فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة
وعوض) كسائر الامول
المفنومة (ومارواه) من المن
على أبي عزة فهو (منسوخ
بماناونا) وكذلك قوله
تعالى فاما من بعدوا ما فداء
وكذلك قصة أسارى بدر لان
سورة براءة كانت آخر
ما نزل وقد تضمنت وجوب
التسل على كل حال بقوله
تعالى فاقتلوا المشركين
حيث وجدتموهم فكان
ناكحاً لما تقدم كله ولقائل
أن يقول قد أجعوا على أنه
مخصوص خص منه الذي
والمستأن بخلاف ان يخص
منه الاسير قياساً عليهم أو
بحديث أبي عزة أو غيرهما
والجواب أن قياس الاسير
على الذي فاسد لوجود
الذمة فيه دون الاسير وهي
المناط وكذا على المستأن
لعدم استحقاق رقبته
وحديث أبي عزة متقدم
على الآية وغيرهما غير
موجود أو غير معلوم فلا
يصح التخصيص بشئ من
ذلك والمواشي جمع ماشية
وهي الابل والبقر والغنم
والما كناية بضم الكاف
وفتحها بمعنى وكلامه واضح
(قوله ولقائل أن يقول الخ)
أقول يخالف لما أسلفه في
أول الكتاب من أنه دليل
قطعي فيفيد الفرضية

وتحرق الأسلحة أيضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا ينف عليه الكفار ابطلا للنفعة عليهم (ولا يقسم غنمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام) وقال الشافعي لا بأس بذلك وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الاقرار بدار الاسلام عندنا وعندنا يثبت ويثبت على هذا الأصل عدّة من المسائل ذكرناها في الكفاية له أن سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كافي الصبي ودولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الغنمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمه بيع معنى فتدخل تحته ولأن الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني منعهم لعدم قدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا

فأحرقوهما بالنار فلما خرجنا دعا نارسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان وجدتم فلانا فلا تقاتلوهما ولا تحرقوهما فإنه لا يعذب بهما الا الله ورواه البرازي وسماههما هبار بن الاسود ونافع بن عبد القيس وطوله البيهقي وذكر السبب أنهما كانا رعايا بنيت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجت لائحة به عليه الصلاة والسلام حتى ألفت ما في بطنها والقضية مفصلة عند ابن اسحق معروفة لأهل السير وذكر البخاري أيضا تحريق علي رضي الله عنه الزنادقة الذين أقي بهم فبلغ ذلك ابن عباس فقال لو كنت أنا لم أحرقهم لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا بعذاب الله وقتلهم لقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وأخرج البرازي مسنده عن عثمان بن حبان قال كنت عند أم الدرداء رضي الله عنها فآخذت برغوفا فلقيتها في النار فقالت سمعت أبا الدرداء يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعذب بالنار الا رب النار هذا (وتحرق الأسلحة أيضا وما لا يحترق منها كالحديد يدفن في موضع لا ينف عليه الكفار ابطلا للنفعة عليهم) وما في فتاوى الولوالجي ترك النساء والصبيان في أرض غامرة أي خربة حتى يموتوا جوعا كي لا يعودوا حرا باعلينا لأن النساء من التسلسل والصبيان يبلغون فيصرون حرا باعلينا فبعد لانه قتل بما هو أشد من القتل الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم في النساء والصبيان لما فيه من التعذيب ثم هم قد صاروا أسارى بعد الاستيلاء وقد أوصى النبي صلى الله عليه وسلم بالأسرى خيرا حدث ابن اسحق عن نبيه بن وهب أخى بنى عبد الدار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أقبل بالأسارى فزقهم بين أصحابه وقال استوصوا بالأسارى خيرا فقال أبو عزة يرمي أخى مصعب بن عمرو رجل من الانصار بأسرى فقال له شديدك به فان امه ذات مناع قال وكنت في رهط من الانصار حين أقبلوا بي من بدر فكافوا اذا قدموا غداهم وعشاءهم خصوني بالخبزوا كلوا التمر لوصية رسول الله صلى الله عليه وسلم اياهم بنا ما يقع في بدر رجل منهم كسرة من الخبز لا نفخني بها قال فاستحي فأردها على أحدهم فبردها على ما عساه فكيف يجوز أن يقتلوا جوعا اللهم الا ان يضطروا الى ذلك بسبب عدم الجبل والميرة فيتركوها ضرورة والله أعلم (قوله ولا تقسم غنمة في دار الحرب حتى يخرج الى دار الاسلام) وقال الشافعي لا بأس بذلك اذا انهزم الكفار وعن أبي يوسف رحمه الله لا أحب الى أن لا يقسمها حتى يخرجها من الكرى وعنه ان لم تكن مع الامام جولة يحميها عليها يقسمها في دار الحرب (وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الاقرار بدار الاسلام عندنا وعندنا يثبت) بالهزيمة فيلزمه أن قسمه الامام هناك لا تفيد ملكا الا اذا كان عن اجتهاد فإنه أمضى القضاء في فصل مجتهد فيه أو كان لحاجة فان الحاجة موضعها مستثنى * واعلم أن حقيقة مذهبه أن الملك يثبت للغانم بأحد أمرين إما بالقسمه حيثما كانت أو باختيار الغانم الملك وليس هو قائلا ان الملك يثبت للغانم بالهزيمة كما نقلوا عنه وعندنا لا يثبت الا بالقسم في دار الاسلام فلا يثبت بالاحراز بدار الاسلام ملك لا حد بل يتأكد الحق ولهذا لو اعتق واحد من الغانم عبدا بعد الاحراز لا يعتق ولو كان هناك ملك مشترك عتق يعتق الشريك ويحرر فيه ما عرف في عتق الشريك وتخرج الفروع المختلفة على هذا منها لو وطئ بعض الغانم في

قال (ولا يقسم غنمة في دار الحرب) قسمه الغنمة في دار الحرب لا يجوز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف جازوا لنا خيرا الى الخروج الى دار الاسلام أحب الى (وقال الشافعي رضي الله عنه لا بأس بذلك والأصل ان الملك لا يثبت للغانمين قبل الاقرار بدار الاسلام عندنا وعندنا يثبت ويثبت على هذا الأصل عدّة من المسائل ذكرناها في الكفاية) أي كفاية المنتهى منها أن الامام اذا باع شيئا من الغنائم لا حاجة الغزاة أو باع أحدهم الغزاة فانه لا يصح عندنا عدم الملك وكذا لو أنف أحدهم شيئا في دار الحرب لم يضمن وكذا لو مات أحدهم لا يورث سهمه ولو لحق الجيش مدد قبل القسمه في دار الحرب شاركوه في الغنمة وقوله (له أن سبب الملك) ظاهر قوله (والثاني) أي اثبات اليد الناقلة الى دار الاسلام (منعهم لعدم قدرتهم) أي (ووجوده) أي وجود الاستنقاذ (ظاهرا) لكون المسلمين في ديارهم

دار الحرب واحدة من السبي فولدت فادعاء يثبت نسبه عنده لا لو طشه جارية مشتركة بينه وبين غيره
بجبر الهزيمة بل لا اختياره التملك فبالهزيمة ثبت لكل حق التملك فان سلمت بما يخصه من الغنمة
أخذها والا أخذها وكل من ماله قيمتها يوم الحبل وعندنا لا يثبت نسبه وعليه العقر لانه لا يحدد لثبوت
سبب الملك وتقسيم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين وكذا لو استولدها بعد الاحراز بدار الاسلام
قبل القسمة عندنا وان تأكد الحق لان الاستيلاء بوجوب حق العتق وهو لا يكون الا بعد قيام الملك في
الحل بخلاف استيلاء جارية الابن لانه ولاية التملك فيتملكها بناء على الاستيلاء وليس له هنا تملك
الجارية بدون رأي الامام نعم لو قسمت الغنمة على الرايات أو العرافة فوقع جارية بين أهل راية صح
استيلاء أحدهم لها لانه يصح عتقه لها لانها مشتركة بينه وبين أهل تلك الارية والعرافة شركة ملك وعتق
أحد الشركاء نافذ لكن هذا اذا قلوا حتى تكون الشركة خاصة أما اذا كثروا فلا لان بالشركة العامة
لا تثبت ولاية الاعتاق قال والقليل اذا كانوا مائة أو أقل وقيل أربعون وفيه أقوال أخرى قال في
المبسوط والاولى أن لا يوقت ويجعل موكولا الى اجتماع الامام ومنها جواز البيع من الامام لبعض
الغنمة يجوز عندهم لا عندنا مبنى على ذلك أيضا ومنها الوصايا بعض الغزاة أو قتل في دار الحرب لا يورث
سهمه عندنا ويورث عنده بناء على التنا كد بالهزيمة حتى صح منه التملك والتنا كد يكتفى للارث ألا ترى
أنا نقول انه يورث اذا مات في دار الاسلام قبل القسم للتنا كد لا للملك لانه لا ملك قبل القسمة وهذا لان
الحق المؤكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط واستندل على
ضعف الحق قبل الاحراز بأباحة تناول الطعام في دار الحرب بلا ضرورة وبعدم ضمان ما أنفق من
الغنمة قبل الاحراز بخلاف ما بعده فكان حقا ضعيفا حتى كل مسلم في بيت المال والشافعية إن منعوا
الثاني لم يمنعوا الاول ومنها لو طلق المدد في دار الحرب قبل القسم شارك عندنا لا عندنا كد وعدمه
فانما الثابت للغزاة بعد الهزيمة حق الملك لاحق التملك ولهذا لو أسلم الاسير قبل الاحراز بدار الاسلام
لا يعتق وكذا أرباب الاموال اذا أسلموا بعد أخذها قبل الاحراز لا يملكون شيئا منها بل هم من جملة الغزاة
في القسمة والاستحقاق بسبب الشركة في الاحراز بدار الاسلام بمنزلة المدد ذكره في النهاية ومعناه اذا لم
يؤخذوا فان أسلموا هم بعد الاخذ لا يزال عنهم الرق فلا يستحقون في الغنمة كالمدة وفي التحفة لو أنفق
واحد من الغزاة شيئا من الغنمة لا يضمن عندنا قال وبعد الاحراز بدار الاسلام تأكد حق الملك
ويستقر ولهذا قالوا الوصايا وأحد من الغزاة يورث نصيبه ولو باع الامام جاز ولو لحقهم المدد لا يشاركون
ويضمن المثل وهذا المذكور في التحفة ما شئ مع ما في المبسوط حيث قال فاما عندنا فالحق يثبت بنفس
الاخذ ويتأكد بالاحراز ويملك بالقسمة حتى الشفعة يثبت بالبيع ويتأكد بالطلب ويتم الملك بالاخذ
وما دام الحق ضعيفا لا تجوز القسمة لانه دون الملك الضعيف في البيع قبل القبض ووجه المصنف قول
الشافعية بأن سبب الملك يتم بالهزيمة لانها تحقق الاستيلاء على مال مباح فملكه وهذا لانه ليس معنى
الاستيلاء على مال مباح الا سببق البدلية على وجه القهر والاستيلاء كافي الصدد والطلب ولانه
صلى الله عليه وسلم قسم غنائم حنين وبنى المصطلق وأوطاس في ديارهم ولنا منع أن السبب تم فان غنمه
بثبوت البدل الناقلة أي قدرة النقل والتصرف كيف شاءت فلا وادخارا وهذا منتف عنه مادام في دار
الحرب لان الظهور عليهم والاستنفاد منهم ليس بعيد ألا ترى أن الدار مضافة اليهم فدل أنه مقهور
مادام فيها فوعا من القهر يدل على أنه أن يتركها دار حرب وينصرف عنها فكان قاهرا من وجهه مقهورا
من وجهه فكان استيلاء من وجهه دون وجهه فلم يتم سبب ملك المباح فلم يملك فلم تصح القسمة لانها بيع
معنى فان البيع مبادلة وفي القسمة ذلك فان كل مريض لما اجتمع نصيبه في العين كان ذلك عوضا عن
نصيبه في الباقي بخلاف ما اذا خرج العبد من انما حيث يعتق بوضوئه الى عسكر المسلمين وان كان

وقوله (ثم قبل موضع الخلاف) أي ان موضع الخلاف فيما اذا صدرت القسمة عن الامام بدون الاجتهاد هل يثبت حكم الملك لمن وقع ث القسمة في نصيبه من الاكل والوطء وسائر الانتفاع أو لا فعنده يثبت وعندنا لا يثبت وقوله (لان حكم الملك لا يثبت بدونه) أي بدون الملك معناه ان ترتب هذه الاحكام عليه لثبوت الملك المستلزم للعلم بجواز القسمة فعنده مرتبة يثبت هذه القسمة الصادرة لاعن اجتهاد فيلزم منه ثبوت الملك وعندنا ليست بمرتبة فدل على ان الملك لم يكن ثابتا وهذا لان الملك علة لترتب الاحكام وقد وجد المعلول فيلزم وجود العلة لثلا يلزم تخلف المعلول عن العلة وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم عدم وجود العلة لثلا يلزم (٣١١) تخلف العلة عن المعلول وانما

فيما القسمة بقوله لا عن اجتهاد ليعلم موضع الخلاف فانه اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهي كراهة تنزيه عند محمد فانه قال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد لا فضل أن يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح الا أنه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ابراث الكراهة في دار الحرب وكذا المرأة المراجعة تبين بذلك فانه بالنص لقوله عليه الصلاة والسلام في عبيد الطائفة هم عتقاء الله ولا أن ذلك يدعى نفسه ويكنى فيه امتناعه ظاهرا في الحال وقال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار الآية وقسمة النبي صلى الله عليه وسلم غنائم حنين كان بعد منصرفه الى الجعرانة وكانت أول حدود الاسلام لان مكة فتحت وأرض حنين وبني المصطلق بعد فتح مكة واجراء أحكام الاسلام فيها وهذا لان دار الحرب تصير دار اسلام باجراء الاحكام وبنسب الامن للقيم من المسلمين فيها وكونها متاخمة لدار الاسلام على قوله وعلى قولهما بالاول فقط وأنت اذا علمت أن الخلاف ليس كما قيل بل الاتفاق على أن الملك لا يثبت قبل القسمة بمجرد الهزيمة بل في أن القسمة هل توجب الملك في دار الحرب أم لا فالدليل من الجانبين على ذلك وتقريره للشافعي أنه لا مانع من صحته في دار الحرب لتتمام الاستيلاء على المباح فاذا اتصل به القسم ملك ولنا منع تمام السبب فلا تفيد القسمة الملك الا عند تمامه وهو في دار الاسلام واعلم أن القسمة انما لا تصح اذا قسم بلا اجتهاد أو اجتمعت فوقه على عدم صحته قبل الاحراز أما اذا قسم في دار الحرب مجتهدا فلا شك في الجواز وثبوت الاحكام وأما الحديث الذي ذكره وهو أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغنمة في دار الحرب فغير بعيدا ثم ذكر المصنف خلافا في أن الخلاف في عدم جواز القسمة قبل الاحراز أو في كراهتها فقيل المراد عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الاحكام من حل الوطء ونفاذ البيع وغيره وقبل الكراهة لا بطلان القسمة لانهم اذا اشتغلوا بها يشكسون في أمر الحرب وربما ينفرون فرما بكر العدة وعلى بعضهم فكان المنع لمعنى في غير المنهى عنه فلا يبعد الجواز ثم قال المصنف (هي كراهة تنزيه عند محمد) فالأفضل أن لا يقسم في دار الحرب لانه صلى الله عليه وسلم ما قسم الا في دار الاسلام والافعال المتفقة في الاوقات المختلفة لانكون الاداع هي كراهة خلافه أو بطلانه والكراهة أدنى فيحصل عليه للتيقن به قبل ونقل الخلاف هكذا وان كان في المبسوط غير جدي لانه لم يعرف خلاف عنهم الا ما روى عن أبي يوسف وهذا لان المسائل الافرادية الموضوعية مصرحة بعدم صحة القسمة قبل الاحراز مثل ما سألني من أن من مات من الغنائم لا يورث حقه من الغنمة وأنه لا يباع من ذلك العلف

ثم قبل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهي كراهة تنزيه عند محمد فانه قال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد لا فضل أن يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح الا أنه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ابراث الكراهة

في دار الحرب وكذا المرأة المراجعة تبين بذلك فانه بالنص لقوله عليه الصلاة والسلام في عبيد الطائفة هم عتقاء الله ولا أن ذلك يدعى نفسه ويكنى فيه امتناعه ظاهرا في الحال وقال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار الآية وقسمة النبي صلى الله عليه وسلم غنائم حنين كان بعد منصرفه الى الجعرانة وكانت أول حدود الاسلام لان مكة فتحت وأرض حنين وبني المصطلق بعد فتح مكة واجراء أحكام الاسلام فيها وهذا لان دار الحرب تصير دار اسلام باجراء الاحكام وبنسب الامن للقيم من المسلمين فيها وكونها متاخمة لدار الاسلام على قوله وعلى قولهما بالاول فقط وأنت اذا علمت أن الخلاف ليس كما قيل بل الاتفاق على أن الملك لا يثبت قبل القسمة بمجرد الهزيمة بل في أن القسمة هل توجب الملك في دار الحرب أم لا فالدليل من الجانبين على ذلك وتقريره للشافعي أنه لا مانع من صحته في دار الحرب لتتمام الاستيلاء على المباح فاذا اتصل به القسم ملك ولنا منع تمام السبب فلا تفيد القسمة الملك الا عند تمامه وهو في دار الاسلام واعلم أن القسمة انما لا تصح اذا قسم بلا اجتهاد أو اجتمعت فوقه على عدم صحته قبل الاحراز أما اذا قسم في دار الحرب مجتهدا فلا شك في الجواز وثبوت الاحكام وأما الحديث الذي ذكره وهو أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغنمة في دار الحرب فغير بعيدا ثم ذكر المصنف خلافا في أن الخلاف في عدم جواز القسمة قبل الاحراز أو في كراهتها فقيل المراد عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الاحكام من حل الوطء ونفاذ البيع وغيره وقبل الكراهة لا بطلان القسمة لانهم اذا اشتغلوا بها يشكسون في أمر الحرب وربما ينفرون فرما بكر العدة وعلى بعضهم فكان المنع لمعنى في غير المنهى عنه فلا يبعد الجواز ثم قال المصنف (هي كراهة تنزيه عند محمد) فالأفضل أن لا يقسم في دار الحرب لانه صلى الله عليه وسلم ما قسم الا في دار الاسلام والافعال المتفقة في الاوقات المختلفة لانكون الاداع هي كراهة خلافه أو بطلانه والكراهة أدنى فيحصل عليه للتيقن به قبل ونقل الخلاف هكذا وان كان في المبسوط غير جدي لانه لم يعرف خلاف عنهم الا ما روى عن أبي يوسف وهذا لان المسائل الافرادية الموضوعية مصرحة بعدم صحة القسمة قبل الاحراز مثل ما سألني من أن من مات من الغنائم لا يورث حقه من الغنمة وأنه لا يباع من ذلك العلف

الافضلية منقولة عن أبي يوسف كما ذكرناه وأيضاً قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل الكراهة وفي الجملة هذا الموضوع لا يخلو عن تسامح والمخلص عنه انهم اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنمة في دار الحرب فقال بعض المشايخ المراد به عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الاحكام المترتبة على القسمة وقال بعضهم المراد به الكراهة وعلى هذا قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة انما يصح على قول الأولين ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح لكونه محترماً والهرم راجح على البيع (الا أنه تقاعد عن سلب الجواز) بالاتفاق اما عند الشافعي فيجوز مطلقاً واما عندنا فيجوز اذا احتاج الغزاة الى الثوب والذباة ونحو ذلك (فلا يتقاعد عن ابراث الكراهة) لان الدليل المرجوح لما يطل بالكلية حصل من معارضة الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كافي سؤر الجمل

(والردة والمقاتل في العسكر سواء) لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة أو شهود الواقعة على ما عرف وكذلك إذا لم يقاتل لمرض أو غيره لما ذكرنا (وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنمة إلى دار الاسلام شاركوا فيها) خلافا للشافعي بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالانحراز أو بقسمة الامام في دار الحرب أو ببيع الغنائم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد

ونحوه شئ ومنها عدم جواز التنفيل بعد الانحراز وجوازه قبله ومشاركة المدد الا لاحق قبل الانحراز ثم وجه الكراهة بقوله لان دليل البطلان أي بطلان القسمة قبل الانحراز راجع على دليل جوازها الا أنه تقاعد عن سلب الجواز لانه لما لم يثبت سلب الجواز بالاتفاق فلم يبطل المرجوح واذا لم يبطل حصل من معارضة الدليلين الراجع والمرجوح الكراهة كما في سؤره الهرة لما انتفت التجاسة لم تنف الكراهة وهذا الكلام ينبوع عن القواعد فان الاجماع على وجوب العمل بالراجع من الدليلين وترك المرجوح واذا كان الراجع دليل البطلان تعين الحكم بالبطلان عند المجتهد الذي ترجح عنده وكون له مخالف ولا اجماع لا يوجب بل لا يجوز ذلك المجتهد التزول عن مقتضاه والا فكل خلافة من المسائل كذلك واذا لم يحكم البطلان فما موجب اثبات الكراهة والتحقيق في سؤره الهرة أن الكراهة تنزيهية لعدم تمامها من التجاسة لان دليل حرمة اللحم الموجب لتجاسة السؤره عارضه شدة المخالطة وترجح عليه فانفت التجاسة والكراهة حكم شرعي يحتاج خصوصه الى دليل وشدة المخالطة دليل الطهارة فقط فتبقى الكراهة بلا دليل وهذا اذا لم يكن للسلبين حاجة أما اذا تحققت لهم في دار الحرب بالسياب والمتاع ونحوه قسمها في دار الحرب (قوله والردة) أي العون (والمقاتل) أي المباشر للقتال مع الكفار وكذا أمير العسكر (سواء) في الغنمة لا يتميز واحد منهم على آخر شئ وهذا بلا خلاف لاستواء الكل في سبب الاستحقاق وسنبين سببه فيما يأتي ان شاء الله تعالى (قوله واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنمة إلى دار الاسلام شاركوا فيها) أي المدد (فيها) وعن الشافعي فيه قولان وما ذكرناه بناء على ما مهدناه من أن الملك لا يتم للغنائم قبل انحراز الغنمة بدار الاسلام فجاز أن يشاركهم المدد اذا قام به الدليل ولا ينقطع حق المدد لاثلاثة أمور الانحراز بدار الاسلام والقسمة بدار الحرب وبيع الامام الغنمة قبل انحراز المدد هذا وعلى ما حققناه المبني على كذا الحسق وعدمه وما استدلل به الشافعي من صحيح البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال بعث عليه الصلاة والسلام أبا ناعلى سرية قبل نجد فقدم أبان وأصحابه على رسول الله صلى الله عليه وسلم فخير بعد ما قصها الي أن قال فلم قسم لهم لادليل فيه لان وصول المدد في دار الاسلام لا يوجب شركة وخير صارت دار الاسلام مجرد فقها فكان قدومهم والغنمة في دار الاسلام وأما أسهامه لابي موسى الأشعري على ما في الصحيحين عنه قال بلغنا يخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن باليمن فخرجنا مهاجرين اليه أنا وأخواني أنا أصغرهم أحدهما أبو بردة والآخر أبو رهم في بضع وخمسين رجلا من قومي فركبنا سفينة فالتفتنا الى النجاشي فوافقنا جعفر بن أبي طالب وأصحابه عنده فقال جعفر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم به ثنائهمنا وأمرنا بالاقامة فأقيموا معنا فأقبحنا فقدمنا فوافقنا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين افتتح خيبر فأسهم لنا ولم يسهم لاحد فغاب عن فتح خيبر الا أصحاب سفينتنا فقال ابن حبان في صحيحه انما أعطاهم من خمس الخمس ليستميل قلوبهم لامن الغنمة وهو حسن الا ترى أنه لم يعط غيرهم ممن لم يشهدا وحل بعض الشافعية على أنهم شهدوا قبل حوز الغنائم خلاف مذهبهم فانه لا فرق عندهم في عدم الاستحقاق بين كون الوصول قبل الحوز أو بعده بعد كونه بعد الفتح

قال (والردة والمقاتل في العسكر سواء) الرد هو العون والمقاتل هو المباشر في العسكر في استحقاق الغنمة سواء (لاستوائهم في السبب) وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا (أو شهود الواقعة) عند الشافعي رضي الله عنه (على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض أو غيره لما ذكرنا) من الاستواء في السبب قوله (واذا لحقهم المدد) ظاهر وقوله (بناء على ما مهدناه من الاصل) يريد ما مر ان سبب الملك عنده هو الاخذ والملك يثبت به وعندنا ان السبب هو الانحراز فاذا شارك المدد الجيش في الانحراز الذي يتم به السبب شاركوا في تأكد الحق به كما لو التحقوا بهم في حالة القتال (وانما تنقطع المشاركة بالانحراز أو بقسمة الامام في دار الحرب أو ببيع الغنائم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فتقطع شركة المدد)

(ولا حق لأهل سوق

العسكر في الغنمة) باطلاقة

بفسد نفي السهم الكامل

والرضخ وكذا ذكر في المبسوط

وعلى بان قصدهم التجارة

لا يعززون دين الله وأرهاب

العدو (الآن يقاتلوا) فلهم

السهم (وقال الشافعي رحمه

الله يسهم لهم في قول لقوله

صلى الله عليه وسلم الغنمة

من شهد الواقعة ولأنه وجد

الجهاد مع نفي بتكثير

السواد) وقوله (ولأنه لم

توجد المجاوزة) واضح (وما

رواه) من قوله الغنمة لمن

شهد الواقعة (موقوف على

عمر رضي الله عنه) ومثله

ليس بحجة عنده لأنه لا يرى

تقليد الصحابي (أو تأويله

أن يشهد على قصد

القتال) ألا ترى أن الكفار

يشهدونهم وليس لهم شيء

(وان لم يكن للامام حولة)

بفتح الحاء ما يحمل عليه من

بغير أوفر أو بغير أوجار

(قسمها بين الغنائم قسمة

إبداع) وكلامه واضح وقوله

(لأنه ابتداء اجارة) أي من

كل وجه وهذا احتراز عن

اجارة مستأنفة في حالة

البقاء فإنه يجبر على الاجارة

بالاتفاق كما في مسئلة

السفينة فان من استأجر

سفينة شهر انقضت المدة في

وسط البحر فإنه ينعقد عليها

اجارة أخرى بأجر المثل بغير

رضا المالك وقوله (وصار

كما إذا تفتت دابته) يعني في

كونه ابتداء اجارة من كل وجه

قال (ولا حق لأهل سوق العسكر في الغنمة إلا أن يقاتلوا) وقال الشافعي في أحد قوليه يسهم لهم لقوله عليه الصلاة والسلام الغنمة لمن شهد الواقعة ولأنه وجد الجهاد مع نفي بتكثير السواد ولأنه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فأنعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارساً أو راجلاً عند القتال وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه أو تأويله أن يشهد على قصد القتال (وان لم تكن للامام حولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغنائم قسمة إبداع ليحملوها إلى دار الاسلام ثم يرجعها منهم في قسمها) قال العبد الضعيف هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجله في هـ. ذ أن الامام اذا وجد في المعجم حولة يحمل الغنائم عليها لان الحولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان في بيت المال فضل حولة لانه مال المسلمين ولو كان للغنائم أول بعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا تفتت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حولة

(قوله ولا حق لأهل سوق العسكر) أي (في الغنمة) لاسهم ولا رضخ (الآن يقاتلوا) حينئذ يستحقون السهم وبه قال مالك وأحمد والشافعي فيه قولان أحدهما كقولنا ولا تخريصهم لهم واستدل الشافعي بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال (الغنمة لمن شهد الواقعة) والصحيح أنه موقوف على عمر كما ذكر المصنف ذكره ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع حدثنا شعبه عن قيس بن مسلم عن طاوس عن ابن شهاب أن أهل البصرة غزواهم فأمدتهم أهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر رضي الله عنه فظهر وإذا أراد أهل البصرة أن لا يقسموا لأهل الكوفة فقال رجل من بني تميم أيها العبد الاجدع تريد أن تشاركنا في غنائمنا وكانت أذنه جردت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خير أذنني سببت ثم كتب إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر ان الغنمة لمن شهد الواقعة ورواه الطبراني والبيهقي وقال وهو صحيح من قول عمر وأخرج ابن عدي عن علي رضي الله عنه الغنمة لمن شهد الواقعة وهذا قول صحابي وهو لا يرى جواز تقليد المجتهد أباه وكذا عند الكرخي من مشايخنا وعلى قول الآخرين (تأويله أن يشهد على قصد القتال) والواقعة هي القتال وهو مع نفي قول صاحب المجل الواقعة صدمة الحرب وشهوده على قصد القتال انما يعرف بأحد أمرين باظهار خروجه للجهاد والتجهيز له لا غيره ثم المحافظة على ذلك القصد الظاهر وهذا هو السبب الظاهر الذي ينبغي عليه الحكم وإما بحقيقة قتاله بان كان خروجه ظاهراً غيره كالسوق وسائس الدواب فان خروجه ظاهراً غيره فلا يستحق بمجرد شهوده اذ لا دليل على قصد القتال فاذا قاتل ظهر أنه قصده غير أنه ضم اليه شيئاً آخر كالتجارة في الحج لا يتقص به ثواب حجه وعلى ككون السبب ما قلنا فترع ما لو أسرى في دار الحرب فأصابوا به غنمة ثم انفلت فلحق بالجيش قبل أن يخرجوا شاركهم فيها وفي كل ما يصيبونه وان لم يلحقوا قتالاً بعده ولو لحق بعسكر غير الذي خرج معهم وقد أصابوا غنائم لا يشاركهم فيها إلا أن يلحقوا قتالاً فيقاتل معهم لانه ما انعقد له سبب الاستحقاق معهم وانما كان قصده من اللحق بهم الفرار ونجاة نفسه فلا يستحق إلا أن يقاتلوا فيقاتل معهم لانه حينئذ يتبين أنه قصد باللاحاق بهم القتال وكذا من أسلم في دار الحرب ولحق بالعسكر والمرتد اذا تاب ولحق بالعسكر والتاجر الذي دخل بأمان اذا لحق بالعسكر ان قاتلوا واستحقوا والا فلا شيء لهم (قوله واذا لم يكن للامام حولة) بفتح الحاء المهملة ما يحمل عليه من بغير وقرس وغيره (يقسمها بينهم) فقبل قسمة الغنمة في دار الحرب للحاجة فتكون هـ. ذ القسمة بالاجتهاد فتصح وقيل قسمة إبداع إلى دار الاسلام ويستردّها في قسمها ثم على هذا يكون بالاجرة وهل يكرههم على ذلك في السير الصغير لا يكرههم لانه انتفاع بعمال الغير لا بطيب من نفسه فهو مكن تلفت دابته في دار الاسلام ومع رفيقه دابة فليس له أن يحمل عليها كرهاً بأجر المثل وقوله (لانه ابتداء اجارة) أي من كل وجه احتراز

وقوله (ويجبرهم في رواية السير الكبير) ظاهر ويكون الأجر من الغنائم يبتدأ به قبل الحرب لأن في هذا الاستخبار منفعة للغائبين فهو كالاستخبار لسوق الغنم والرمك وحق أصحاب الجولة لا يمنع صحة الاستخبار لأن شركة الملك هي التي لا تمنع صحة الاستخبار لشركة الحق كافي مال بيت المال وقوله (ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة) واضح مما تقدم قوله (ولا ملك قبل الأحرار) فيه نظر لأنه يناقض قوله فيما تقدم لأن بكل منها يتم الملك والجواب أنه ترك (٣١٤) ذكر القسمة في دار الحرب وبيع الغنائم فيها ههنا اعتمادا على ذكره هناك أولان ذلك لعارض

الحاجة والاعتبار بالأمور الأصلية وقوله (وقد بيناه) أي في مسألة قسمة الغنمة في دار الحرب قوله (ولا بأس بأن يعلف العسكر) أي دوابهم العلف (في دار الحرب) وقوله لم يقبضه بالحاجة يعني القدوري في مختصره (وقد شرطها) يعني محمدا (في رواية) هي رواية السير الصغير (ولم يشترطها في أخرى) وهي رواية السير الكبير ووجه كل منهما ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (وعلف ظهره) أي دابته واستعار لفظ الظهر لها والميرة الطعام (فيعتبر حقيقتها) أي حقيقة الحاجة في السلاح وقوله (والدابة مثل السلاح) يعني في اعتبار حقيقة الحاجة لكن إذا اعتبر حاجة الركوب أما إذا اعتبر فيها الأكل فهي كك الطعام (ويستعملوا الخطب وفي بعض النسخ الطيب) قيل وليس بصحيح لأن القدوري نفسه قال في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز

ويجبرهم في رواية السير الكبير لأنه دفع الضرر العام بحمل ضرر خاص (ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب) لأنه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي وقد بينا الأصل (ومن مات من الغائبين في دار الحرب فلا حقه في الغنمة ومن مات منهم بعد إخراجها إلى دار الإسلام فنصيبه لورثته) لأن الأثر يجري في الملك ولا ملك قبل الأحرار وإنما الملك بعده وقال الشافعي من مات منهم بعد استقرار الهزيمة بورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه قال (ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب وبأكلوا ما وجدوه من الطعام) قال رضي الله عنه أرسل ولم يقبضه بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في أخرى وجه الأولى أنه مشترك بين الغائبين فلا يباح الاتفاغ به إلا الحاجة كافي الثياب والدواب وجه الأخرى قوله عليه الصلاة والسلام في طعام خير كوها وأعفوها ولا تحملوها ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لأن الغازي لا يستعصب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على أصل الإباحة للحاجة بخلاف السلاح لأنه يستعصبه فانه عدم دليل الحاجة وقد عسى إليه الحاجة فتعتبر حقيقتها فيستعمل ثم يرد في المغنم إذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال (ويستعملوا الخطب) وفي بعض النسخ الطيب (ويدهنوا بالدهن

عن مثل ما إذا انقضت مدة جارة السفينة في وسط البحر أو البعير في البرية فانه تتعقد بينهما جارة بأجر المثل جبرا وفي السير الكبير يكرههم لأنه دفع الضرر العام بالضرر الخاص ولأن منفعته راجعة إليهم والأجرة من الغنمة والأوجه أنه إن خاف تفرقهم لوقوعها قسمة الغنمة بفعل هذا وإن لم يخف قسمة القسمة الغنمة في دار الحرب فأنصح للحاجة وفيه إسقاط الإكراه واسقاط الأجرة وقوله في المختصر أي القدوري (قوله ولا يجوز بيع الغنائم في دار الحرب) لعدم الملك وهو المراد بقوله (وقد بينا الأصل فيه) وهذا في بيع الغزاة ظاهر وأما بيع الإمام لها فذكر الطحاوي أنه يصح لأنه مجتهد فيه يعني أنه لا بد أن يكون الإمام رأى المصلحة في ذلك وأقله تخفيف إكراه المسلم عن الناس أو عن اليهائم ونحوه وتخفيف مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد في المصلحة فلا يقع جوازا فينعقد بلا كراهة مطلقا (قوله ومن مات من الغائبين) تقدم تقريرها على عدم الملك قبل دار الإسلام وهو المراد بقوله وقد بيناه (قوله ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب وبأكلوا ما وجدوه من الطعام) علف الدابة علفا من من باب ضرب ضرب بافهي مهلوفة وعلف العلف ما اعتلفه وحاصل ما هنا أن الموجود إماما يؤكل أولا وما يؤكل إماما يندأى به كالهليلج أولا فالثاني ليس لهم استعماله إلا ما كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بأن مات فرسه أو أنكسر سيفه أما إذا أراد أن يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك فلا يجوز ولو فعل أمم ولا ضمان عليه لو تلف نحو الخطب بخلاف الخشب المنحوت لأن الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم ببعض المستحق على وجه يكون أثر الملك فضلا عن الاستحقاق بخلاف حالة الضرورة فأنها سبب الرخصة فيستعمل ثم يرد إلى الغنمة إذا انقضى الحرب وكذا الثوب إذا ضربه

الاتفاغ بالطيب أما الخطب فلننظر النقل من دار الإسلام جاز استعماله كافي العلف وأما الأدهان بالدهن فالمراد البرد به الدهن المأكول كالزيت لأنه لما كان مأكولا كان صرفه إلى بدنه كصرفه إلى أكله وإذا لم يكن مأكولا لا يفتفع به بل يرد إلى الغنمة

(قال المصنف ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب وبأكلوا الخ) أقول أي لا بأس بأن يعلف العسكر ودوابهم العلف فالفعال بهما محذوفان علف الدابة يعلف علفا من باب ضرب إذا أطعمها العلف (قال المصنف ويستعملوا الخطب الخ) أقول معطوف على قوله بأن يعلف (قوله قيل وليس بصحيح) أقول القائل هو الأتقاني (قوله وإذا لم يكن مأكولا الخ) أقول كدهن البقسج والخيري

ووقوا به الدابة) لمساس الحاجة الى جميع ذلك (ويقانوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة) وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه (ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئاً) ولا يتمولونه لان البيع ترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو باحس وصار كالبيع له الطعام وقوله ولا يتمولونه اشارة الى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه أحدهم رد الثمن الى الغنمة لانه مل عين كانت للجماعة وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاستئذان الا أنه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالكروه أولى وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء ممتدة فيهما فكان أولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة لانه اذا احتاج واحد يساح له الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج

البرد فيستعمله ثم يرده اذا استغنى عنه ولو تلف قبل الرد لضمان عليه ولو احتاج الكل الى الثياب والسلاح قسمها حيث يبينهم (ولم يذكر) محمداً رحمه الله (قسمة السلاح ولا فرق) كما ذكر المصنف لان الحاجة في السلاح والثياب واحد بخلاف السبي لا يقسم اذا احتج اليه لانه من فضول الحوائج لا من أصولها فيستصحبهم الى دار الاسلام مشاة فان لم يطبقوا وليس معه فضل جولة قتل الرجال وترك النساء والصبيان وهل يكره من عنده فضل جولة على الحمل يعني بالاجر فيه روايتان تقدمتا وأما ما يتداوى به فليس لاحد تناوله وكذا الطيب والادهان التي لا تؤكل كدهن البنفسج لانه ليس في محل الحاجة بل الفضول وقال عليه الصلاة والسلام ردوا الخيط والخيط ولا شك أنه لو تحقق بأحد من مرض بحوجه الى استعمالها كان له ذلك كلبس الثوب فالمعتبر حقيقة الحاجة وأما ما يؤكل لا للتداوى سواء كان مهياً للكل كاللحم المطبوخ والخبز والزبيب والعسل والسكر والفاكهة اليابسة والرطبة والبصل والشعير والتبن والادهان المأكولة كالزيت والسمن فلهم الاكل والادهان بتلك الادهان انتفاع في البدن كالاكل ووقوا الدواب بها ووقوا الدابة تصليب حافرها بالدهن اذا حفر من كثرة المشي والراء أي الترفيح خطأ كذا في المغرب لكن الاصح جوازه ونقل عن المصنف بالراء من الترفيح وهو الاصلاح قال هكذا أقرانا على المشايخ وفي الجهره رقع عيشه ترفيحاً اذا أصلحه وأنشد

ترك ما رقع من عيشه * بعيت فيه همج هاج

والهمج من الناس هم الذين لا نظام لهم فالترفيح أعظم من التوقيح وكذا كل ما يكون غير مهياً كالغنم والبقر فلهم ذبحها وأكلها ويردون الجلود الى الغنمة ثم شرط في السير الصغار الحاجة الى التناول من ذلك وهو القياس ولم يشترطها في السير الكبير وهو الاستحسان وبه قالت الاثمة الثلاثة فيجوز لكل من الفقير والغني تناوله الا التاجر والداخل لخدمة الخندي بأجر لا يحمل لهم ولو فعلوا لضمان عليهم وبأخذ ما يكفيه هو ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانهم الذين دخلوا معه وينبغي أن يأخذ ما يكفي الداخل لخدمته كعبد لانه نفقته عليه عادة فصار الحاصل منع الداخل بنفسه دون الغازي أن يأخذ لاجله ولان دليل الحاجة قائم وهو كونه في دار الحرب منقطعاً عن الأسباب فيدار الحكم عليه بخلاف نحو الثياب والسلاح يناط بحقيقة الحاجة والحديث الذي ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام في طعام خير كلوها وعلفوها ولا تحملوها رواه البيهقي أنبأنا علي بن محمد بن بشران أخبرنا أبو جعفر الرازي حدثنا أحمد بن حنبل حدثنا الواقدي عن عبد الرحمن بن الفضل عن العباس بن عبد الرحمن الأشجعي عن أبي سفيان عن عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خير كلوا وعلفوا ولا تحملوا وأخرجه الواقدي في مغازيه بغير هذا السند وهذا الاطلاق يوافق رواية السير

قوله (ووقوا به الدابة) التوقيح تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفر من كثرة المشي ونقل عن المصنف بالراء من الترفيح وهو الاصلاح قال هكذا فسرنا على المشايخ قال صاحب المغرب والراء خطأ لان الاول ههنا أولى وألحق قلت هذا التعليل ان كان منقولاً عنه فهو مناقض لان ترك الأولى لا يسمى خطأ وقوله (وتأويله الخ) انما احتاج المصنف الى هذا التأويل لانه اذا احتاج الغازي الى استعمال سلاح الغنمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقوله (وقد بيناه) اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصعبه الخ وقوله (ولا يجوز أن يبيعوا) أي لا يجوز أن يبيعوا بالذهب والفضة (ولا يتمولونه) أي يبيعونه بالعروض وقوله (على ما قدمناه) يعني أنه لا ملك قبل الاحراز وكلامه واضح وقوله (يباح له الانتفاع في الفصلين) أي في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب

(قوله ولا يتمولونه أي يبيعونه بالعروض) أقول قوله ولا يتمولونه عطف على قوله ولا يجوز لانه على قوله ان يبيعوا فامل

وقوله (في يد صحبة) احتراز عن يد الغاصب وقوله (محترمة) احتراز عن يد الحربي قوله (وقبل هذا) أي كون عقاره (فأقول أي حنيفة وأبي يوسف الآخر) قال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط والجامع الصغير ما كان في يده من المال فهو له إلا العقار فإنه في أي قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف استحسن في العقار أن يجعله له لأنه ملك محترم كالمقول وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد إلا أن كان عنه أضرار وإتان فقد هان الخطب إذ ذاك قوله (عندهما) أي عند أبي (٣١٧) حنيفة وأبي يوسف لأن اليد على البقاع

أما تثبت حكاو دار الحرب ليست بدار الأحكام فلا يعتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغاصب فيها أقوى من يده لغلبته وعند محمد تثبت (وزوجته في) لأنها كافرة لا تتبعه في الإسلام لأن المسلم يتزوج الكتابية وتبقى كتابية ولا تصير مسلمة تبعاً لزوجها أذهب من باب الاعتقاد (وكذا حله في) خلافاً للشافعي رضي الله عنه (في الحل) هو يقول أنه (أي الحل) (مسلم) بتبعه أبيه والمسلم لا يسترق كلولد المنفصل (ولأنه جزؤها) وهي قد صارت فيما بجميع أجزائها ألا ترى أنه لا يجوز أن يستثنى الجنين في اعتناق الأم كما لا يستثنى سائر أجزائها فكما أن الحل لا يصير عبداً عند اعتناق الأم مستثنى بحال فكذا في الاسترقاق لا يصير الجنين مستثنى بعدما ثبت الرق في الأم وقوله (والمسلم محل للتملك) جواب عن قوله أنه مسلم تبعاً وتقريره سلمنا أنه مسلم تبعاً لكن المسلم محل التملك تبعاً لغيره كما إذا تزوج المسلم أمة الغير يكون الولد

ولأنه سبقت يده الحقيقية إليه يد الظاهرين عليه (أو ودبعة في يد مسلم أودى) لأنه في يد صحبة محترمة ويده كيد (فإن ظهرنا على دار الحرب فعقاره في) وقال الشافعي هو له لأنه في يده فصار كالمقول ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها أذهب من جلة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقبل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الأول هو كغيره من الأموال بناء على أن اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد تثبت (وزوجته في) لأنها كافرة حرة لا تتبعه في الإسلام (وكذا حله في) خلافاً للشافعي هو يقول أنه مسلم تبعاً كالمفصل ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعاً لغيره بخلاف المنفصل لأنه حر لا نعدم الجزئية عند ذلك (وأولاده الكبار في) لأنهم كفار حريون ولا تبعية (ومن قاتل من عبيده في) لأنه لما تزد على مولاه خرج من يده فصار تبعاً لأهل دارهم

أحرزوا دماءهم وأموالهم فادفع إلى القوم ما هم وأبان هذا مختلف في توثيقه وتضعيفه وصحبرن العيلة بعين مهملة مفتوحة ثم يليها ياء مشناة من تحت ويقال ابن أبي العيلة (ولأنه سبقت يده الحقيقية إليه يد الظاهرين عليه) وقوله (أو ودبعة) أودعها (في يد مسلم أودى) لأنه في يد صحبة محترمة) بنصب ودبعة (ويده) أي يد المودع (كيدته فإن ظهرنا على الدار فعقاره في) وماله من زرع قبل أن يحصد لأنه تبع للارض (وقال الشافعي هو له لأنه في يده فهو كالمقول) ولم يذكر خلافاً في شروح الجامع الصغير ونقل المصنف عن بعضهم نقل الخلاف فقال (وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الأول هو كغيره من الأموال بناء على أن اليد لا تثبت حقيقة على العقار عندهما وعند محمد تثبت) وحكا شمس الأئمة على خلاف هذا فقال فأما عقاره لا يصير غنمية في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف استحسن فأجعل عقاره له لأنه ملك محترم كالمقول أنه وحكي غيره أن عندهما لا يصير فيما عند أبي حنيفة هو في وجهه ما ذكر المصنف رحمه الله بقوله (ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها أذهب من جلة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة) بل حكاو دار الحرب ليست بدار أحكام فكانت يده غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار وبعد ظهورهم يدهم أقوى من يد السلطان وأهل الدار لأنها جعلت شرعاً سلبية لما في أيديهم وظاهر ما ذكرناه من حديث أبان يشهد لكونه غير في عقاره قال لخصر حين منعهم ما هم إن القوم إذا أسلوا أحرزوا أموالهم فسماء مالا والمراد من الماء الارض التي فيها الماء لأنفس الماء بخصوصه ألا ترى إلى قوله أنزاني فأنزله أياه والاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام فإذا قالوا هاهنا ماني دماءهم وأموالهم بناء على تسميتها مالا في ذلك الحديث لكن قد ضعف أباناً جماعة مع احتمال أن يراد حقيقة الماء ونزول الارض لاجله قال (وزوجته في) لأنها كافرة حرة لا تتبعه في الإسلام وكذا حله في (وأن حكمه بالإسلامه تبعاً لخبر الأيوين دينا) خلافاً للشافعي هو يقول أنه مسلم كالمفصل ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعاً لغيره) كما لو تزوج أمة الغير تكون أولاده مسلمين أرقاء (بخلاف المنفصل لأن عدم الجزئية وأولاده الكبار في) لأنهم كفار حريون لا يتبعونه في الإسلام ولا خلاف في هذا (ومن قاتل من عبيده) فهو (في) خلافاً للأئمة الثلاثة

رقيقاً بتبعية الأم وإن كان مسلماً بالإسلام أبيه وقوله (بخلاف المنفصل) جواب عن قوله كالمفصل وهو ظاهر وكذلك قوله (وأولاده الكبار في) ممن قاتل من عبيده في لأنه لما تزد على مولاه خرج من يده وصار تبعاً لأهل الدار) وأهل الدار في مومن لم يقاتل فليس يني لأنهم أتباعه (قال المصنف أو ودبعة) أقول عطف على قوله في يده (قال المصنف ولنا أن العقار إلى قوله وسلطانها) أقول قوله وسلطانها معطوف على قوله أهل (قوله وهذا) كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد) أقول فيه شيء

(وقوله وما كان من ماله في يد حربي فهو في غصبا كان أو ودبعة لأن يده ليست بمحترمة) اعترض عليه بأن ما قام مقام غيره أنما يعمل بوصف الأصل لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء في النعم ولما كان الحربي مقام المودع المسلم كان الواجب أن تكون يده كيد المسلم محترما نظرا إلى نفسه لا غير محترما نظرا إلى الحربي وأجيب بأن قيام يد المودع على الودبعة حقيقي وقيام يد المالك عليها حكى واعتبار الحكمي أن أوجب العصمة فأعتبر الحقيقى بمنعها (٣١٨) والعصمة لم تكن ثابتة لأن المال في أصله على صفة الإباحة وعصمته تابعة

(وما كان من ماله في يد حربي فهو في غصبا كان أو ودبعة لأن يده ليست بمحترمة) (وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمى فهو في غصبا في حنيفة وقال محمد لا يكون فيا) قال العبد الضعيف رحمه الله كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بإسلامه

والظاهر معهم لأنه لم يخرج عن كونه ماله ولا صوابنا أنه لما قابل والفرض أن سيده مسلم فقد غرد على مولاه فخرج عن يده فصارت له لاهل دارهم فنقصت نسبته بالمالية إلى مولاه لأن كمال معنى مالته بالملك واليد وعن هذا قلنا (ما كان من ماله في يد حربي غصبا فهو في غصبا) لا ارتفاع يده بالغصب واليد التي خلفت ليست صحيحة ولا محترمة ولأن الحربي الغاصب ملكه بالغصب لأن دار الحرب دار القهر والغلبة قاله الفقيه أبو الليث وكذا إذا كان ودبعة عند حربي عنده خلافا للأئمة الثلاثة في الفصلين لاطلاق الحديث ولأبي يوسف ومحمد في فصل الودبعة لأن يد المودع كيد ولو كانت في يده حقيقة لا تكون فيا فكذا إذا كانت في يده حكما بخلاف الغصب لأنه ليس في يده حقيقة ولا حكما ولأبي حنيفة أن يد الحربي ليست محترمة ألا ترى أنها لا تدفع يد الغائبين عن مالهم فلا تدفع يدهم عن مال غيرهم وأورد أن يد المودع الحربي لما قامت مقام يده وجب أن تعمل عمل الأصل وهو يد المسلم لا بوصف نفسها كما أن التراب لما كان خلفا عن الماء عمل بصفة الماء فرفع الحدث فيكون المال معصوما لعصمة صاحبه أجيب بجوابين أحدهما أن المال في الأصل غير معصوم بل على الإباحة وانما ينصم تبعاً لعصمة مالكه وتبعيته له في العصمة انما تثبت إذا ثبتت يد المالك المصوم حقيقة أو حكما مع الاحترام وكلاهما منتفها وهذا مما قد يمنع فيه عدم الاحترام بل يده الحكمي محترمة وغير المحترمة انما هي يد الحربي الحقيقية الثاني أن قيام يد المودع حقيقي وهو الحربي وقيام يد المودع المسلم حكى فأعتبر الحكمي أن أوجب العصمة فألحقى بمنعها والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك ويرد على هذا منع أنهم لم تكن ثابتة بل كانت معلومة الثبوت من حين أسلم للإجماع على ثبوت ملكه حال كونه في يد الحربي والنص بوجوب في ملكه العصمة بالإسلام وأما ما كان غصبا في يد مسلم أو ذمى فقال المصنف هو قول أبي حنيفة خلافا لهما قال (هكذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع أبي حنيفة) وفي بعض النسخ وقال لا يكون فيا إلى أن قال وذكروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد فلا شك أن هذا تكرار لا معنى له ثم قال في النهاية أنه تتبع النسخ والصحيح منها أن يقال وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمى فهو في غصبا في حنيفة وقال محمد لا يكون فيا لأن رواية السير الكبير على ما ذكره الإمام شمس الأئمة هكذا وكذا في المحيط ولم يذكر فيها قول أبي يوسف مع محمد وذكروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد لأن نحر الإسلام قال في الجامع ولو كان ودبعة عند حربي أو غصبا عند مسلم أو ذمى أو ضاعا فهو في غصبا في حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يكون فيا وكذا ذكر في شرح الجامع الصغير لقاضي بخان والتمرنائى وغيرهما (لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بإسلامه

لعصمة المالك وانما تثبت التبعية أن لو ثبتت يد المالك المعصومة له حقيقة أو حكما مع الاحترام لأنه بدون الاحترام يعارضها جهة الإباحة الأصلية فلا تثبت بالشك وقوله (وما كان غصبا في يد مسلم) اختلف نسخ الهداية في هذا الموضع فبعضها وقع هكذا وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمى فهو في غصبا في حنيفة وقال لا يكون فيا قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد وهو ليس بصحيح لأنه ليس عند كور في السير الكبير بلفظ قال لا بل ليس لأبي يوسف فيه ذكر وبعضها وقع هكذا وذكروا قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رضي الله عنه وهو أيضا ليس بصحيح لأن المذكور في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد وبعضها وقع هكذا فهو في غصبا في حنيفة وقال محمد لا يكون فيا قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف

في السير الكبير وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد وهذا هو الصحيح المطابق لرواية السير الكبير وشرح الجامع الصغير (لهما أن المال تابع للنفس) لكونه وقاية لها (والنفس صارت معصومة بالإسلام فينبعها ماله فيها ولأبي حنيفة أنه) أي المال الذي غصبه المسلم أو الذمى من الحربي الذي أسلم

(قوله وأجيب بأن قيام يد المودع الخ) أقول خلاصة الجواب أن العمل بوصف الأصل انما يكون إذا لم يكن له معارض وههنا وجد المعارض وهو الإباحة الأصلية (قوله مع الاحترام) أقول أي احترام اليد الحقيقي

(مال مباح) لانه ليس بمعصوم لعدم الارز حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانه ليس في يد نائبة لكونه في يد الغاصب وهو ليس بنائب بخلاف المودع وكل مال مباح على الاستيلاء بخلاف وقوله (والنفس لم تصر معصومة باسلامه) جواب عن قولهم لو قد صارت معصومة باسلامه وتقريره لان سلم أنها صارت معصومة باسلامه (ألا ترى أنها ليست بمنقومة) حتى لا يجب القصاص والدية على قاتله في دار الحرب فان قيل لولم تكن معصومة لما كانت محترمة التعرض (٣١٩) كالحربي وليس كذلك أجاب بقوله

(الا أنها محرم التعرض في الأصل) يعني أن حرمة التعرض ليست لكونها معصومة وانما هي باعتبار أن النفس على الإطلاق محرم التعرض في الأصل لكونها مكلفة لتقوم بما كلفت به (واباحة التعرض) انما هي (بعارض شره وقد اندفع بالاسلام) فعادت الى أصلها لا باعتبار أنها معصومة (بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتنان فكان محلا للملك) فكان محلا للملك (فكان مقتضى موجودا والمانع منتفيا لان المانع كونه في يده حقيقة أو حكما مع الاحترام وهذا ليس في يده حكما لان يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المالك فلم تثبت العصمة فيجعل كانه ليس في يد أحد فكان فيأ قوله (واذا خرج المسلمون) ظاهر وقوله (معناه انالم تقسم) يعني الغنمة وقوله (اعتبارا بالمتلصص) فانه اذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن الامام فأخذوا شيئا فهو لهم ولا يخمس لانه ليس بغنمة اذ الغنمة هو المأخوذ فها باذن الامام فهو مباح

فيتبعها مالها فيها وله أنه مال مباح فملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام ألا ترى أنها ليست بمنقومة الا أنه محترم التعرض في الأصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتنان فكان محلا للملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة (واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلقوا من الغنمة ولا يأكلوها) لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قدنا كد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام (ومن فضل معه علف أو طعام رده الى الغنمة) معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه أنه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ولنا أن الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان أحق به قبل الارز فكذلك بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا أغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاييج لانه صار في حكم القطة لتعذر الرد على الغائبين

فيتبعها مالها وله أنه مال مباح فملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام بل معه بسبب اندفاع شره فانما هو محترم التعرض في الأصل لكونه مكلفا لاجل الامانة (واباحة التعرض) كان (بعارض شره) فلما اندفع بالاسلام عاد الأصل (بخلاف المال فانه خلق عرضة للامتنان فكان محلا للملك) في الأصل (وليست في يده) حال الغصب لا حقيقة ولا حكما فليس في يده أحد (فلم تثبت العصمة) فكان مباحا بخلاف مالو كان في يد المسلم أو الذي ودبعت فانه في يده مال كحكام الاحترام فلم يكن فيأ وما تقدم من أن الملك يتم في دار الحرب بالقهر والغلبة كما ذكره أبو الليث يقتضي أن يزول ملكه الى المسلم الغاصب وحينئذ لا يكون مباحا اللهم الا أن يقتصر على نقصان الملك بسبب زوال اليد (قوله وليست في يده حكما) أنت على تأويل الاموال (فروع) أسرا العبد وعبد دائم أسلوا فهو لهم لانه مال أسلوا عليه ولو كان ذلك العبد جني جنابة أو أنف متاعا لزمه قيمته بطلت الجنابة ولزم الدين لان حق ولي الجنابة في رقبته ولا يبقى بعد زوال ملك المولى ألا ترى أنه لو زال ملكه بالبيع أو الهبة لا يبقى فيه حق ولي الجنابة فاما الدين فبقي نعمته فلا يبطل عنه بتبدل الملك وهذا لان الدين شاغل لمالته فانما ملكه مشغولا به فلما اشتراهم رجل منهم أو أصابه المسلمون في غنمة أي ولم يسلم مولاه فأخذ المولى بالقيمة أو الثمن فان الجنابة لا تبطل عنه لانه بعده الى قديم ملكه وحق ولي الجنابة كان نائبا في قديم ملكه ولو كانت الجنابة قتل عمدا لم تبطل عنه بحال (قوله واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلقوا من الغنمة ولا يأكلوها) لان الضرورة اندفعت والاباحة التي كانت في دار الحرب انما كانت (باعتبارها) ولان الحق قدنا كد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج ومن فضل معه طعام أو علف رده الى الغنمة معناه اذا لم يكن قسم الغنمة في دار الحرب بشرطه ولو انتفع به قبل قسمته بعده الارز يرد قيمته وهو قول مالك وأحمد والشافعي في قول (وعنه أنه لا يرد اعتبارا بالمتلصص) وهو الواحد الداخل أو الاثنان الى دار الحرب اذا أخذ شيئا فأخرج به مختص به فانما مال تعلق به حق الغائبين والاختصاص كان للحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه دائماً أحق به قبل الاخراج وبعده وأما بعد القسمة فينتصفون بعينه ان كان قائما وبقيته ان كانوا باعوه هذا ان كانوا أغنياء وان كانوا محاييج ففقراء انتفعوا به ان كانوا أغنياء (لانه صار في حكم القطة لتعذر الرد على الغائبين) لتفرقهم

سبقت أيهم اليه قوله (وبعد القسمة تصدقوا به) أي اذا جاؤا بما فضل من طعام أو علف أخذوا من الغنمة بعد قسمة الامام الغنمة في دار الاسلام تصدقوا به ويقال رجل محوج أي محتاج وقوم محاييج وقوله لتعذر الرد على الغائبين يعني لتفرقهم

(قوله لعدم الارز) أقول أي لعدم ارز الحربي الذي اسلم (قوله وتقريره لان سلم أنها صارت معصومة الخ) أقول الظاهر أن مرادهما معصومة النفس عن إثبات اليد وظاهر أنه لا مجال لمنعه

وقوله (فأخذ حكه) أي أخذت الغنمة حكم الأصل وانما ذكر ضمير الغنمة على تأويل ما يقوم أو على تأويل المذكور يعني لو كان فاضل الغنمة الذي كان معه قائما بعينه وهو فقير فقد حل له تناول منه فكذلك يحل له تناول من قيمته لأن القيمة تقوم مقام الأصل
 فصل في كيفية القسمة بين اثنين أحكام الغنائم لا بد من بيان كيفية قسمتها والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين
 (وبقسم الامام الغنمة فيخرج (٣٢٠) خمسها لقوله تعالى فان الله خمسة استثنى الخمس) أي أخرجه استعارة الاستثناء

للأخراج لوجود معناه فيه
 (وبقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين) بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فلان الله تعالى قال واعلموا أنما غنمتم من شيء أضاف الغنمة إلى الغانمين وهم الغزاة ثم قال تعالى فان الله خمسة فكان بيان ضرورة أن بقية الأخماس للغزاة وقد عرف ذلك في أصول الفقه وأما السنة فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قسمها بين الغانمين ولأن الأربعة الأخماس للغانمين بالاجماع فيقسم بينهم أيضا ابصالا للعقلى إلى مستحقه ثم كيفية القسمة أن يعطى الفارس سهمين والراجل سهمين عند أبي حنيفة رضى الله عنه وقال وهو قول الشافعي رضى الله عنه للفارس ثلاثة أسهم ورواى ذلك ما ذكر في الكتاب والغنائم بالسد والفتح الأجزاء والكفاية والكر الحيلة والفر بمعنى الفرار والفرار إذا كان لأجل أن يكون الكراشد كان من الجهاد والفرار في موضعه محمود ولا يرتكب المنهى المذكور في قوله تعالى ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة

وان كانوا اتفقوا به بعد الأحرار ترد قيمته إلى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنمة فالغنى يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الأصل فأخذ حكه
 فصل في كيفية القسمة قال (وبقسم الامام الغنمة فيخرج خمسها) لقوله تعالى فان الله خمسة استثنى الخمس (وبقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين) لانه عليه الصلاة والسلام قسمها بين الغانمين (ثم للفارس سهمان وللراجل سهم) عند أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه (وقال للفارس ثلاثة أسهم) وهو قول الشافعي رضى الله تعالى عنه لما روى ابن عمر رضى الله تعالى عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهمان ولأن الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير

وان كانوا اتفقوا فيه فلا شيء عليهم وعلى هذا قيمة ما تنفع به بعد الأحرار يتصدق به الغنى لا الفقير (لقيام القيمة مقام الأصل) وأخذها حكه
 فصل في كيفية القسمة قبل لما بين أحكام الغنمة شرع بين قسمتها ولا يخفى أن من أحكام الغنمة وجوب قسمتها وانما أفرد به فصل على حدته لكثرة مباحته وشعبه بالنسبة إلى غيره من الأحكام والقسمة جعل النصيب الشائع محلا معينا (قوله وبقسم الامام الغنمة فيخرج خمسها) أي عن القسمة بين الغانمين (وبقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين) هذا قول القدوري وقال المصنف (لقوله تعالى فان الله خمسة استثنى الخمس) أي الله تعالى أخرج الخمس من أن يثبت حق الغانمين فيه فكان استثناء معنى للأخراج وهو من استثنى الشيء أي زو به لنفسه فهذا يرجع إلى قول الله تعالى لا قسمة الامام بل الخمس داخل في قسمته اذ حاصل بيان قسمتها هو أن يعطى خمسها للثباتى والمساكين وأبناء السبيل على ما سأتى ويعطى الأربعة الأخماس للغانمين (فعند أبي حنيفة) وزفر (للفارس سهمان وللراجل سهم وعندهما) وهو قول مالك والشافعي وأحمد وأكرأهل العلم (للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم) لهم ما روى عن ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين ولصاحبه سهمين لفظ البخارى وأخرجه الستة النساء وفي مسند لم عنه قسم في النفل للفارس سهمين وللراجل سهمين وفي رواية باسقاط لفظ النفل وفي رواية أسهم للراجل ولفرسه ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه وهذه الالفاظ كلها تبطل قول من أول من الشراح كون المراد من الرجال الرجال ومن الخيل الفرسان بل في بعض الالفاظ القائل قسم خير على ثمانية عشر سهمها وكانت الرجال ألفا وأربعمائة والخيل مائتين وعن ابن عباس مثله (ولأن الاستحقاق بالغناء) وهو بالمدة والفتح الاجزاء والكفاية (وغناء الفارس الكرك) أي الجملة على الأعداد (والفر) الكائن للكرة أو للنجاة في موضع يجوز الفرار وهو ما اذا علم أنه مقتول ان لم يفركى لا يرتكب المنهى عنه في قوله تعالى ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة (والثبات وليس للراجل الا الثبات) فأغنى في ثلاثة أمور والراجل في واحد منها واستدل المصنف لابي حنيفة بحديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهمين وهو غريب من حديث ابن عباس بل الذي رواه اسحق بن راهويه في مسنده قال حدثنا محمد بن الفضل بن غزوان

حدثنا

فصل في كيفية القسمة (قوله ثم قال فان الله خمسة فكان بيان ضرورة أن بقية الأخماس للغزاة) أقول كقوله تعالى وورثه أبواؤه الثلاثة (قوله ولأن الأربعة الأخماس للغانمين بالاجماع) أقول في العبارة مسامحة وكان الظاهر أن يقول وأما الاجماع فلأن الخ

ولابي حنيفة رجة الله تعالى عليه ما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فبرجع الى قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام قسم للفارس سهمين

حدثنا الحجاج عن أبي صالح عن ابن عباس قال أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهمين وأخرجه أيضا من طريق أبي ليلى عن الحكم عن ابن عباس وعن ابن عباس نحوه في حديث الخمس برواية غير واحد من الأئمة لكن في هذا الباب أحاديث منها ما في أبي داود عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الانصاري قال قال سمعت أبي يزيد عن عبد الرحمن بن يزيد الانصاري عن عمار بن مجمع بن جارية الانصاري وكان أحد القراء الذين قرؤوا القرآن قال شهدنا الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما انصرفنا عنهما إذا الناس يهزون الأباة - فقال بعض الناس ليهض ما للناس قالوا أوحى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجنا مع الناس فوجدنا النبي صلى الله عليه وسلم واقفا على راحته عند كراع الغميم فلما اجتمع عليه الناس قرأ عليهم أنا فتحنا لك فتحا مبينا فقال رجل يا رسول الله أفتح هو قال نعم والذي نفس محمد بيده أنه أفتح فقسمت خيبر على أهل الحديبية فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على غنانية عشر سهما وكان الجيش ألفا وخمسمائة فيهم ثلثمائة فارس فأعطى الفارس سهمين وأعطي الراجل سهما قال أبو داود وهذا وهم وإنما كانوا مائتي فارس فأعطى الفرس سهمين وأعطي صاحبه سهما وقال الشافعي إنما قال فأعطى الفرس سهمين وأعطي الراجل يعني صاحبه فغلط الراوي عنه وأعله ابن القطان بالجهل بحال يعقوب وأما ابنه مجمع الراوي عنه فتنة ومنها ما في مجمع الطبراني عن المقداد بن عمرو أنه كان يوم بدر على فرس يقال له سجة فأقسم له النبي صلى الله عليه وسلم سهمين لفرسه سهم واحد وله سهم وفي سنده الواقدي وأخرج الواقدي أيضا في المغازي عن جعفر بن خارجة قال قال الزبير بن العوام سمعت بني قريظة فارسا يضرب لي بسهم ولفرسي بسهم وأخرج ابن مردويه في تفسيره حدثنا أحمد بن محمد بن السري حدثنا المنذر بن محمد حدثني أبي حدثنا يحيى بن محمد بن هاني عن محمد بن اسحق قال حدثنا محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة قالت أصاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سببا بن المصطلق فأخرج الخمس منها ثم قسمها بين المسلمين فأعطى الفارس سهمين والراجل سهما ومنها حديث ابن عمر الذي عارض به المصنف روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا أبو أسامة وابن غير قال حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين وللراجل سهما ٥ ومن طريقه روى الدارقطني وقال قال أبو بكر النيسابوري هذا عندى وهم من ابن أبي شيبة لأن أحمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما روى عن ابن عمر خلاف هذا وكذا روى ابن كرامة وغيره عن أبي أسامة خلاف هذا يعني أنه أسهم للفارس ثلاثة أسهم ثم أخرجه عن زهير بن حماد حدثنا ابن المبارك عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أسهم للفارس سهمين وللراجل سهما ولا شك أن نعيم ثقة وابن المبارك من أثبت الناس وأخرجه أيضا عن يونس بن عبد الأعلى حدثنا ابن وهب أخبرني عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيال للفارس سهمين وللراجل سهما قال وتابعه ابن أبي مريم وخالد بن عبد الرحمن عن عبد الله بن عمر العمري ورواه القعنبي عن العمري بالشك في الفارس أو الفرس ثم أخرجه عن حجاج بن منهال حدثنا حماد بن سلمة حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما وخالفه النضر بن محمد عن حماد وعمر بن عبد الله بن عمار الكرخي لكن رواية السهمين

(ولابي حنيفة رضي الله عنه)
ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو ظاهر ولكن طريقة استدلاله مخالفة لقواعد الأصول فإن الأصل أن الدليلين إذا تعارضوا نذر التوفيق والترجيح يصار الى ما بعده لا الى ما قبله وهو قوله فتعارض فعلاه فبرجع الى قوله والمسلك المعهود في مثله أن يستدل بقوله ويقول فعلاه لا يعارض قوله ليكون القول أقوى بالاتفاق

(قوله والمسلك المعهود)
أقول الواو حالية

وقوله (واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره) أي سلمت عن المعارضة ليعمل بها يعني رواية ابن عباس وقوله (فيكون غناؤه مثل غناه الرجل) لأن نفس الفرار ليس محمود بل الفرار إنما يحسن إذا فعل لأجل الكفر فيكونان من جنس واحد (ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته) يعني قد يزيد الفارس على فارس آخر والراجل على راجل آخر في الغناء والوقوف على تلك الزيادة متعذر لأنها تظهر عند المسابقة وكل (٣٣٣) منهم مشغول بروحه وإذا كان متعذرا وله سبب ظاهر أدر الحكم عليه (والفارس

سببان نفسه والفارس وللراجل سبب واحد) وهو نفسه (فكان استحقاق الفارس على ضعفه)

واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولأن الكروا الفرس من جنس واحد فيكون غناؤه مثل غناه الرجل فيفضل عليه بسهم ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللأفارس سببان النفس والفارس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه

قال المصنف (فيكون غناؤه مثل غناه الرجل الخ) أقول قال الزبلي مع أنا ننع أن زيادة الغناء تستحق به الزيادة الأبرى أن الشاكي بالسلاح أكثر غناء من الأعزل ومع هذا لا نستحق به الزيادة ولأن الفرس ينبع فلا يزيد سهمه على الأصل وما روه محمول على التنفيل كما روى أنه عليه الصلاة والسلام أعطى سلمة بن الأكوع رضي الله تعالى عنه سهم الفارس والراجل وهو كان راجلا أجيرا الطلحة والاجر لا يستحق سهما من الغنمة وإنما أعطاهم خنجا لخدمته في القتال وقال خير رجالتنا سلمة بن الأكوع وخير فرساننا أبو قتادة اه فيه بحث ان شئت فانظر الى شرح الاتقاني حيث قال فان قلت السوقى من أهل سوق العسكر والاجر لخدمة الغازى لا يسهم لهما اذا لم يقاتلا كالعبد ثم اذا قاتلا يسهم لهما كما يسهم

عنه أثبت وروى الدارقطني أيضا في كتابه المؤلف والمختلف حدثنا عبد الله بن محمد بن اسحق المروزي ومحمد بن علي بن أبي روية قال حدثنا أحمد بن عبد الجبار حدثنا يونس بن بكير عن عبد الرحمن بن أمين عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم للفارس سهمين وللراجل سهما وإذا ثبت التعارض في حديث ابن عمر بل في قوله عليه الصلاة والسلام مطلقا نظر إلى تعارض رواية غيره ابن عمر أيضا ترجح النقي بالأصل وهو عدم الوجوب وبالمعنى وهو (أن الكروا الفرس من جنس واحد) والثبات بجنس فهم ما اثنان للفارس وللراجل أحدهما أقله ضعف ماله ولأن الزيادة ليست إلا بالزيادة في الغناء ضرورة وان تعذر معرفة الزيادة في القتال حقيقة لأن كم من راجل أنفع فيه من راجل وفارس من فارس ولا يستنكر زيادة غناء راجل عن فارس فأنما (يدار الحكم على سبب ظاهر وللأفارس سببان) في الغناء بنفسه وفرسه (وللراجل نفسه فقط) فكان على النصف وقول المصنف (واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره) يريد ابن عباس وعلمت ما فيه فان قيل المعارضة الموجبة للترك فرع المساواة وحديث ابن عمر في البخاري فهو أصح قلنا قدمنا غير مرة أن كون الحديث في كتاب البخاري أصح من حديث آخر في غيره مع فرض أن رجلاه رجال الصبيح أو رجال روى عنهم البخاري فتحكم بحض لا نقول به مع أن الجمع وإن كان أحدهما أقوى من الآخر أولى من إبطال أحدهما وذلك فيما قلنا بجمل رواية ابن عمر على التنفيل فكان لعمالهما أولى من إعمال أحدهما بعد كونه سندا أصح على ما ذكرنا من حديث ابن المبارك ويونس بن عبد الأعلى وذكرنا من تابعه وأما قوله تعارض فعلا فميرجع إلى قوله يعني قوله للفارس سهمان وللراجل سهم وهو غير معروف وخطي من عزاه لابن أبي شيبة ثم هو وزان ما تقدم له في مجود السهم من قوله فتعارضت روايتاه فله وبني التمسك بقوله وعلم ما تقدم هناك من أنه يفيد أن المصير أو لا إلى القول فإذا تعذر التمسك به حينئذ يصار إلى القول وليس كذلك هذا واعلم أن محارج حديث الثلاثة أكثر فانه روى من حديث ابن عمر وأخرجه أبو داود من حديث ابن أبي هريرة عن أبيه والطبراني من حديث أبي رهم وهو مختلف في صحته وأخرجه أيضا من حديث أبي كبشة الأنماري والبراز من حديث المقداد وأخرجه اسحق بن راهويه من حديث ابن عباس وكذا الطبراني وأبو عبيد القاسم بن سلام وأخرجه أحمد عن المنذر بن الزبير بن العوام عن الزبير والدارقطني عن عبد الله بن الزبير عن الزبير وأخرجه الدارقطني أيضا من حديث جابر وأخرجه أيضا من حديث أبي هريرة وأخرجه أيضا من حديث سهل بن أبي حنيفة وهي مع أنها لم تسلم من المقال منها ما لا ينافي قول أي حنيفة لأنك قد علمت أن رواية الثلاثة محمولة على التنفيل في تلك الوقعة ونص حديث ابن أبي هريرة أن نبأ رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعة نفر ومعاقرس لا ينافيه وكذا حديث أحمد أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الزبير سهمين وما وفرسه سهمين وكذا حديث جابر فانه قال شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزاة فأعطى الفارس مائتا لنة أسهم وأعطى الراجل سهما بل هذا ظاهر في أنه ليس

لسائر الغزاة والعبد اذا قاتل لا يسهم له بل يرضخ فما الفرق قلت ان العبد ينبع فالخط رتبة بخلافهما حين القتال لانه لا تبعية حينئذ بل هما كسائر الغزاة ولهذا سقط أجره زمان القتال مع العدو عن المستاجر اه قال الزبلي الاجر لا يسهم له لانه دخل لخدمة المستاجر ولا يجمع له أجر ونصيب في الغنمة اه (قوله لان نفس الفرار الخ) أقول كأن فيه إشارة إلى جواب قوله والفرار في موضعه محمود الخ فانه ممنوع ولا نسلم استلزام ترك ارتكاب النهي وكيف وقد وقع من الصحابة رضي الله عنهم

(ولا يسهم الا لفرس واحد) وقال أبو يوسف يسهم لفرسين لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم لفرسين ولأن الواحد قد يعا فيحتاج الى الآخر ولهما أن البراء بن أوس قاذر سبن فلم يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد ولأن القتال لا يتحقق بفرس من دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مقضيا الى القتال عليه ما يسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس

أمره المستمر والاقبال كان عليه الصلاة والسلام أوفى على الصلاة والسلام ونحوه فلما قال غزاة وقد علم أنه شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم غزوات ثم خص هذا الفعل بغزاة منها كان ظاهرا في أن غيره لم يكن كذلك نعم في رواية الدارقطني لحديث الزبير أعطاني يوم بدر وفي رواية له أخرى عنه يوم خيبر ولا تنافي اذ جاز كونه قسم له ذلك فيما وما في حديث سهل بن أبي حنيفة أنه شهد حينئذ فأسهم لفرسه سهمين وله سهمان وفي حديث عبد الله بن أبي بكر بن عمرو بن حزم من طريق ابن اسحق في غزوة قريظة أنه عليه الصلاة والسلام جعل للفراس وفرسه ثلاثة أسهم ولفرسه سهمان لا يقتضي أن ذلك مستمر منه عليه الصلاة والسلام وقد بقي حديث بن المصطلق عن عائشة وتقدم ما يعارض حديث بن قريظة هذا وأما حديث أبي كبشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اني جعلت للفرس سهمين وللفراس سهمان فنقص ما نقصه الله تعالى فلم يصح لانه رواية محمد بن عمران القيسي أكثر الناس على تضعيفه ونهيه (قوله ولا يسهم الا لفرس واحد) أي اذا دخل دار الحرب بفرسين أو أكثر وهذا قول مالك والشافعي (وقال أبو يوسف) وهو قول أحمد (يسهم لفرسين) فيعطى خمسة أسهم سهم له وأربعة أسهم لفرسيه ولم يذكروا الخلاف في ظاهر الرواية عن أبي يوسف وإنما هو في رواية الاملاء عنه واستدل المصنف لذلك بما روى (أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين) وهذا روى من حديث أبي عمرة عن بشير بن عمرو بن محسن قال أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لفرسي أربعة أسهم ولي سهمان أخذت خمسة أسهم رواه الدارقطني ومن حديث الزبير أخرجه عبد الرزاق أخيرا إبراهيم بن يحيى الاسدي أخبرنا صالح بن محمد عن مكحول أن الزبير حضر خيبر بفرسين فأعطاه النبي صلى الله عليه وسلم خمسة أسهم وهذا منقطع وقد قبله الاوزاعي عن مكحول منقطعا وقال به وقال الشافعي في دفعه وهشام أثبت في حديث أبيه إلى أن قال وأهل المغازي لم يرووا أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين ولم يختلفوا أنه يعني النبي عليه الصلاة والسلام حضر خيبر بثلاثة أفراس السكب والضرب والمرجوز ولم يأخذ الا لفرس واحد انتهى يريد بحديث هشام ما تقدم عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن الزبير عن الزبير رضي الله عنهم قال أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر أربعة أسهم سهمين لفرسي وسهمان وسهم لامي من ذوى القربى ومن رواية هشام بن عروة أيضا عن يحيى بن عباد عن عبد الله بن الزبير عن جده قال ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر الزبير بن العوام بأربعة أسهم سهم له وسهم لامي صفة بنت عبد المطلب وسهمين لفرسه وهذا أحسن لأن قوله أهل المغازي لم يرووا أنه أسهم لفرسين ليس كذلك قال الواقدي في المغازي حدثنا عبد الملك بن يحيى عن عيسى بن ممر قال كان مع الزبير يوم خيبر فرسان فأسهم له النبي صلى الله عليه وسلم خمسة أسهم وقال أيضا حدثني يعقوب بن محمد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي معصعة عن الحرث بن عبد الله بن كعب أن النبي صلى الله عليه وسلم قاذ في خيبر ثلاثة أفراس لزاز والضرب والسكب وقاد الزبير بن العوام أفراسا وقاد خراش بن الصمة فرسين وقاد البراء بن أوس فرسين وقاد أبو عمرة الانصاري فرسين فأسهم عليه الصلاة والسلام لكل من كان له فرسان خمسة أسهم أربعة لفرسيه وسهم لامي وما كان أكثر من فرسين لم يسهم له ويقال انه لم يسهم الا لفرس واحد وأثبت ذلك أنه أسهم لفرس واحد ولم يسمع أنه صلى الله عليه وسلم أسهم لنفسه الا لفرس واحد الى هنا كلام الواقدي مع اختصاره وقال سعيد بن منصور حدثنا فرح بن

(قوله ولا يسهم الا لفرس واحد) واضح وحاصل التعليل وقوع التعارض بين روايتي فعليه صلى الله عليه وسلم والرجوع الى ما بعدهما وهو القياس بقوله (ولأن القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة) فلا يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة القرب مقضيا الى زيادة الغناء بالقتال عليهما فليسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس

قال المصنف (فلا يكون السبب الظاهر) أقول أي لاستحقاق الغنمة

ومارواه محمول على التنفيل كما أعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل (والبراذين والعناق سواء) لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراق والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفا فني كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا

فضالة حدثنا محمد بن الوليد الزبيري عن الزهري أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى أبي عبيدة ابن الجراح أن أسهم للفرس سهمين وللفرسين أربعة أسهم وأصاحبهما سهم فذلك خمسة أسهم وما كان فوق الفرسين فهو جنائب وقال سعيد أيضا حدثنا ابن عياش عن الاوزاعي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسم الخيل وكان لا يسم للرجل فوق فرسين وأما ما ذكره المصنف عن البراء بن أوس أنه قال فرسين فلم يسمهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد فقريب بل جاء عنه عكسه كما ذكرناه عن الواقدي رحمه الله وذكره ابن منده في كتاب الصحابة قال روى محمد بن علي بن قريش عن محمد بن عمر المدني عن يعقوب بن محمد بن معصعة عن عبد الله بن أبي معصعة عن البراء بن أوس أنه قال سمع النبي صلى الله عليه وسلم فرسين ف ضرب له خمسة أسهم الا ان هذه غرائب وقال مالك في الموطأ سمع بالقسم الا لفرس واحد واستمر المصنف على طريقة حمل الرائد على التنفيل قال (كما أعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل) حديثه في مسلم قال قدمنا المدينة فساقي الحديث بطوله الى أن قال فلما أضجنا قال عليه الصلاة والسلام خير فرساننا اليوم أبو قتادة وخير رجالاتنا سلمة بن الاكوع ثم أعطاني سهمين سهم الفارس وسهم الراجل فجاءه هـ مالى جميعا ورواه ابن حبان قال وكان سلمة بن الاكوع في تلك الغزاة راجلا فأعطاه من خمسة عليه الصلاة والسلام من سهمان المسلمين ورواه القاسم بن سلام وقال كان سلمة قد استنقذ لقااح النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن مهدي فحدثت به سفيان فقال خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم قال القاسم وهذا عندى أولى من حمل على أنه أعطاه من سهمه والا لم يسم نفلابل هبة وخبر سلمة والقاح مفصل في السيرة (قوله والبراذين) وهي خيل العجم واحد بارذون (والعناق) جمع عتيق أى كريم رافع وهي كرام الخيل العربية والبراذين والخيل العربية هما (سواء) في القسم فلا يفضل أحدهما على الآخر وكذا لا يفضل العتيق على الهجين وهو ما يكون أبوه من البراذين وأمه عربية ولا على المقرف وهو ما يكون أبوه عربيا وأمه برذونة قبل انما ذكره الان من أهل الشام من يقول لا يسم للبراذين وروا فيه حديثا شاذا ومختلفا ما ذكر في الكتاب من أن اطلاق الخيل يشملها ما وكذا الارهاب ولان في كل خصوصية ليست في الآخر العتيق ان فضل بجودة الكر والفر فالبرذون بفضل بزيادة قوته على الحمل والصبر ولين العطف وكونه ألين عطفا من العربي غير صحيح لان هذا اذا رجع التعليم والعربي أقبل للادب من العجمي من الخيل وكون أحده يقول لا يسم بالكلية للفرس العجمي بعيد ويمكن أن يكون ذلك لما نقل عن عمر أنه فضل أصحاب الخيل العربية على المقارف وفي سيرة ابن هشام حدثني أبو عبيدة قال كتب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه الى سلمان ابن ربيعة الباهلي وهو بارمينية يأمره أن يفضل أصحاب الخيل العرب على أصحاب الخيل المقارف في العطاء فعرض الخيل فربه فرس عمرو بن معدى كرب فقال له سلمان فرسك هذا مقرف فغضب عمرو وقال هجين عرف هجينا مثله فوثب اليه فبس بعني ابن مكشوح فتوعده فقال عمرو اتوعدنى كأنك ذورعين * بأفضل عيشة أودونواس وكائن كان قبلك من نعيم * وملك ثابت في الناس راسي قديم عهد من عهد عاد * عظيم قاهر الجحوت قاسي فامسى أهله بادوا وامسى * يحول من أناس في أناس

وقوله (ومارواه محمول على التنفيل الخ) استظهر في تقوية الدليل لأن مارواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج الى جواب عنه أو تأويل له (والبراذين والعناق سواء) البراذين جمع برذون وهو فرس العجم والعناق الكرام يقال عناق الخيل والطير الكرام هما والعراق خلاف فرس العجم والهجين ما يكون أبوه من الكودن وأمه عربية والكودن البرذون ويشبه به البليد والمقرف عكس الهجين وانما تصدى ذكر التسوية بين البرذون والعناق لان أهل الشام يقولون لا يسم للبراذين وروا فيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذا ومختلفا ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله (ألين عطفا) بفتح العين وكسر هاء معني الفخ الامالة ومعنى الكسر الجانب

(قوله والمقرف عكس الهجين الخ) أقول في الصحاح والقاموس الاقراء من قبل الفحل والهجنة من قبل الام في الشرح مخالف لما فيها

قال (ومن دخل دار الحرب فارسا) هذا البيان وقت إقامة السبب الظاهر مقام ما يوجب زيادة السهم وهو وقت مجاوزة الدرب عندنا وقوله (وهكذا) أي كقول الشافعي رضي الله عنه (روى ابن المبارك عن أبي حنيفة رضي الله عنه في الفصل الثاني) يعني ما إذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا أو قاتل فارسا وفي ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان (والحاصل أن المعتبر عندنا في وقت إقامة السبب مقام ذلك حالة المجاوزة) أي مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها لكن المراد بالدرب ههنا هو البرزخ الحاجز بين الدارين دار الإسلام ودار الحرب حتى لو جاوزت الدرب دخلت في حدة دار الحرب ولو جاوز أهل دار الحرب الدرب دخلوا في حدة دار الإسلام (وعند حال انقضاء الحرب) أي تمامها وهذه رواية عنه

والظاهر من مذهبه أنه يعتد بمجرد شهود الواقعة ودليله يدل على ذلك وكان المصنف أشار بقوله حال انقضاء الحرب إلى إحدى الروايتين عنه وبالل دليل إلى الأخرى لأن قوله (يعتبر حال الشخص عنده) أي عند القتال إشارة إلى حال شهود الواقعة لا إلى حال انقضائها وقوله (والمجاوزة وسيلة) رد لمذهبنا وقوله (كالتجريح من البيت) يعني للقتال فإنه وسيلة إلى السبب ولا معتبر به في اعتبار حال الغازي من كونه راجلا أو فارسا وكذلك في هذه الوسيلة وقوله (وتعلق الأحكام) جواب عما سذكر في تعليلنا أن الوقوف على حقيقة القتال متعسر وبيانه أن الأحكام تعلق بوجود القتال حقيقة كإعطاء الرضخ للصبي إذا قاتل وكذلك المرأة والعبد والذمي ولو كان ذلك متعسرا لما ترتب عليه الأحكام ولئن سلمنا عسره لكن يجب تعلق حكم كونه راجلا

(ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل) وجواب الشافعي على عكسه في الفصلين وهكذا روى ابن المبارك عن أبي حنيفة في الفصل الثاني أنه يستحق سهم الفرسان والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعند حال انقضاء الحرب له أن السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة إلى السبب كالتجريح من البيت وتعلق الأحكام بالقتال يدل على إمكان الوقوف عليه ولو تعذر أو تعسر تعلق بشهود الواقعة لأنه أقرب إلى القتال ولنا أن المجاوزة نفسها قتال لأنه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الواقعة لأنه حال التقاء الصنفين فتقام المجاوزة مقامه أذهو السبب المفضي إليه ظاهرا إذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص بحالة المجاوزة فارسا كان أو راجلا

(قوله ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه) أي هلاك فقاتل راجلا (استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا) في دار الحرب (فرسا) فقاتل فارسا عليه (استحق سهم راجل وجواب الشافعي على عكسه) في الفصلين (وهكذا روى ابن المبارك في الفصل الثاني عن أبي حنيفة) أي فيما إذا دخل راجلا فاشترى فرسا فقاتل عليه أنه سهم فارس وظاهر المذهب الأول (والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة) أي مجاوزة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الإسلام ودار الحرب (وعند حال الحرب له أن السبب) في استحقاق الغنيمة إذا وجدت (هو قتاله فيعتبر حال الشخص) المستحق (عنده) دون المجاوزة لأنها هي (وسيلة إلى السبب) أي العلة الحقيقية (كالتجريح من البيت) لقصد القتال في دار الحرب فإنه وسيلة إلى السبب وحالة الغازي عند ذلك بالاتفاق لا تعتبر فكذلك عند المجاوزة والدليل على أن المعتبر حال القتال تعلق الأحكام به الرجعة إلى استحقاق الغنيمة اتفاقا فيما إذا قاتل الصبي أو العبد أو غيرهما فإنهم يستحقون الرضخ فظهر اعتبارهم شرعا في حق استحقاق الغنيمة وأنه غير متعسر (ولو تعذر أو تعسر فنفسهم وواقعة لأنه أقرب إلى القتال) من المجاوزة (ولنا أن المجاوزة نفسها من القتال لأنهم يلحقهم الخوف بها) والاعتناء (والحال بعدها حال بقاء القتال) لأنه تنوع القتال إلى المجاوزة إلى دارهم وسلو كها قهر بالمنع لاهلاكهم وإلى حقيقة المسابقة (ولا معتبر بحال الدوام ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الواقعة لأنه حال) شغل شاغل لكل أحد فيتعذر على الإمام استعلامه بنفسه أو بشهادة العدل به لكل فرد فسقط اعتباره بخلافه في حق أفراد قليلة من الناس كقتال الصبي والعبد فأدبر في حقهم عليه دون سائر الناس في مقام في حق الكل السبب المفضي إلى

أو فارسا بحاله هي أقرب إلى القتال وهي شهود الواقعة لا مجاوزة الدرب (ولنا أن المجاوزة نفسها قتال) لأن القتال اسم لفعل يقع به العدو خوف ومجاوزة الدرب قهر أو شوكة تحصل لهم الخوف فكان قتالا وإذا وجد أصل القتال فارسل بتغير حكمه بتغير أحوالهم بعد ذلك لأن ذلك (حالة دوام القتال ولا معتبر بها) لأنه لا يمكن تعلق الحكم بدوام القتال لأن الفارس لا يمكنه أن يقاتل فارسا دائما لأنه لا بد له من أن ينزل في بعض المضائق خصوصا في المشجرة أو في الحصن أو في البحر وقوله (ولأن الوقوف على حقيقة القتال) واضح على ما ذكرنا

قال المصنف (ولنا أن المجاوزة نفسها قتال) أقول لم يجب عن قول الشافعي وتعلق الأحكام الخ أذهو أيضا لم يقل بموجبه حيث لم يعتبر نفس القتال في استحقاق الغنيمة فليأمل

ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهب أو أجر أو رهن ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة يستحق سهم الفرسان اعتبارا بالمجاورة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاورة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع في حالة القتال عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته (ولا يسهم لمولوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام) لما روى انه عليه الصلاة والسلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان عابه الصلاة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنمة يعني انه لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من أهل العبادة والصبي والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تخريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهن والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال

القتال ظاهر مقامه فيكون هو المعتبر في حق العامة وأما ما قبل في التعذر بان الشهادة من أهل العسكر لا تقبل للتمسك فليس يصح بل يجب قبولها لان الشاهد على أن هذا قاتل فارسا لا يجبر بذلك نفع نفسه بل ضرر رفاقه بنقص سهم نفسه فهو يلزم نفسه أولا الضرر وشركته في أصل المغنم ليست متوقفة على شهادته هذه الا يرى الى ما في الحديث من قول أبي قتادة من يشهد لي حيث جعل عليه الصلاة والسلام السلب للقاتل في حين فشده واحدا فاعطاه اياه وقال عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا له عليه بيعة ولا بيعة الا أهل العسكر من المقاتلة خصوصا في غزواته عليه الصلاة والسلام (ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان) أو لشجرة أو لانه في سفينة دخل فيها بفرسه لقاتل عليها اذا خلص الى برهم فلا قوهم قبله واقتتلوا في السفينة كان لهم سهم الفرسان (ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهبه) وسلمه (أو أجره أو رهنه) ففي رواية الحسن يستحق سهم الفرسان اعتبارا بالمجاورة وفي ظاهر المذهب لا يستحقه لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يقصد بالمجاورة (القتال) عليه بل التجارة به وسبب استحقات سهم الفارس هو المجاورة على قصد القتال عليه لا مطلق المجاورة (ولو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط سهم الفارس) بالاتفاق (وكذا اذا باعه حالة القتال) لا يسقط (عند البعض) قال المصنف (الاصح انه يسقط) لانه ظهر أن قصده التجارة وانما انتظر حالة العزة وعورض بأن تلك الحالة حالة الخططرة بالنفس فلم يكن البيع دليلا على قصد التجارة لان تلك الحالة حالة طلب النفس التحصن فيبيعه فيها دليل انه عن غرض الآن فيه إمالا له وجده غير موافق له فربما يقتله لعدم أدبه أو غير ذلك ولان العادة ليس هو البيع وغيره من العقود حالة القتال ليكون بيعه اذ ذلك انتظارا لحالة الرغبات في الشراء وفي المحيط لو جاوز بفرس لا يستطيع القتال عليه لكبره أو ضعفه أو هزاله لا يستحق سهم الفرسان وان كان الفرس مريضاً فعلى التفصيل المذكور فيه ولو جاوز على فرس مغضوب أو مستنعار أو مستأجر ثم استرده المالك فشهد الواقعة راجلا ففيه رواية في رواية أنه سهم فارس وفي رواية سهم راجل ومقتضى كونه جاوز بفرس لقصد القتال عليه ترجيح الاولى الا أن يراد في أجزاء السبب بفرس مملوك وهو ممنوع فانه لو لم يسترده المير وغيره حتى قاتل عليه كان فارسا (قوله ولا يسهم لمولوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم) أي يعطون قسما من كثير فان الرخصة هي الاعطاء كذلك والكثير السهم فالرضخ لا يبلغ السهم ولكن دونه (على حسب ما يرى الامام) وسواء قاتل العبد بلذن سيده أو بغير اذنه (المكاتب كالعبد) لما ذكر في الكتاب وقد استدلل المصنف بان

قوله (وتوهم عجزه) يحتمل أن يهجز المكاتب عن أداء بطل الكتابة فيعود الى الرق وحينئذ كان للمولى ولاية المنع فيمنع في الحال لوجود التوهم

ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة يرضخ لها اذا كانت تداوى الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذي انما يرضخ له اذا قاتل اودل على الطريق ولم يقاتل لأن فيه منفعة للمسلمين الا أنه يزاد على السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد

بان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يسهم الخ اخرج مسلم كتب نجدة بن عامر الحروري الى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضرن المغنم هل يقسم لهما فكتب اليه ان ليس لهما شيء الا أن يحذبا وفي أبي داود عن يزيد بن هرم عن كتب نجدة الحروري الى ابن عباس يسأله عن النساء هل كن يشهدن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أنا كتبت كتاب ابن عباس رضى الله عنهما الى نجدة قد كن يحضرن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما أن يضرب لهن بسهم فلا وقد كان يرضخ لهن واخرج أبو داود والترمذي وصححه عن عمار مولى أبي اللحم قال شهدت خيبر مع ساداني الى أن قال فاخبراني بمألوكم فأمر لي بشيء وأما ما في أبي داود والنسائي عن جعدة حشرج بن زياد أم أبيه انها خرجت في غزوة خيبر سادسة ست نسوة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث البناجشتا فأتيا في وجهه الغضب فقال مع من خرجت وبأذن من خرجت فقلن يا رسول الله خرجنا نغزل الشعر ونعين في سبيل الله ومعنا دواء للجرحى وناول السهام ونسقي السويق فقال فن حتى اذا فتح الله عليه خيبر أسهم لنا كما أسهم للرجال وبه قال الاوزاعي وقال الخطابي اسناده ضعيف لا تقوم به حجة وقد ذكر غيره أنه لجهالة رافع وحشرج من رواه وقال الطحاوي يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام استطاب انفس أهل الغنمة وقال غيره يشبهه أنه انما أعطاها من الخمس الذي هو حقه هذا ويمكن ان يكون كون التشبيه في أصل العطاء وأرادت بالسهم ما خصص به والمعنى خصنا بشيء كما فعل بالرجال وانما لم يبلغهم هؤلاء الرجال منهم سهم الرجال ولا بالفارس سهم الفرس لانهم اتباع أصول في التبعية حيث لم يفرض على أحد منهم في غير النقب العام في غير الصبي ويزيد الذي بأنه ليس أهلا لكون الجهاد عبادة وليس هو من أهلها ومن الامور الاستحسانية اظهار التفاوت بين المفروض عليهم وغيرهم والتبع والاصل بخلاف السوق في العسكر والمستهاتر لخدمة الغازي اذا قاتل حيث يستحقان سهمهما كاملا وتسقط حصته زمن القتال من أجرة الاجير لانهم من أهل فرضه فلم يكونا تبعاني حق الحكم بل في السفر ونحوه ثم الرضخ عندنا من الغنمة قبل اخراج الخمس وهو قول الشافعي رحمه الله وأحمد وفي قوله وهو رواية عن أحمد من أربعة الأجناس وفي قول الشافعي رحمه الله من خمس الخمس وقال مالك رحمه الله من الخمس (ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل) وكذا الصبي والذي لانهم يقدرون على القتال اذا فرض الصبي قادرا عليه فلا يقام غير القتال في حقهم مقامه بخلاف المرأة فانما تعطى بالقتال و بالخدمة لاهل العسكر ان لم يقاتل لانها عاجزة عنه فأقيم هذه المنفعة منها مقامه وصحة أمانها الثبوت شبهة القتال منها والامان يثبت بالتشبه احتياط فيه ولا يرد اعطاء الذي اذا لم يقاتل بل دل على الطريق لأن ذلك ليس رضخا بل بمقام الأجرة ولهذا يزاد على السهم اذا كان عمله ذلك تزيد قيمته عليه بخلاف ما اذا قاتل لانه عمل الجهاد ولا يسوى في عمل الجهاد بين من يصح منه ويؤجر عليه ومن لا يقبله الله منه ولا يصح له فلذلك (لا يبلغ به السهم) كما ذكره المصنف قالوا والسهم مرفوع البتة لانه المفعول بلا واسطة حرف فيكون هو النائب عن الفاعل وهذا على قول الاكثر وأما من يجيز اقامة الطرف والمجرور مع وجود المفعول فيجيز نصبه ويكون النائب انظبه وهل يستعان بالكافر عندنا اذا دعت الحاجة جاز وهو قول الشافعي رحمه الله وابن المنذر وجاعلة لا يجوزون ذلك لما في مسلم وغيره عن عائشة رضى الله عنها أنه عليه الصلاة والسلام خرج الى بدر فلحقه رجل من المشركين يذكر منه جرأة ونجدة فقال له عليه الصلاة والسلام تؤمن بالله ورسوله قال

(قوله لانها عاجزة عن حقيقة القتال) ظاهره واعتراض عليه بانها لو كانت عاجزة عنها لما صح أمانها لانه انما يصح من يخاف منه القتال لقدرته على القتال وأجيب بان الامان محتمل لا يتوقف على القدرة على حقيقة القتال بل تثبت بشبهة القتال لانه بما ثبت بالشبهات وهي ليست بعاجزة عن شبهة القتال بحالها وعبيدها وأما السهم من الغنمة فانما يستحق بحقيقة القدرة على القتال وهي عاجزة عنها (ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد) فلا يبلغ بسهمه سهم المجاهدين (والاول ليس من عمله) أي الدلالة ليست من عمل الجهاد فكانت عملا كسائر الاعمال فيبلغ أجره بالغ ما يبلغ

(وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم لليتامى وسهم للساكنين وسهم لابن السبيل يدخل فقرا وذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع إلى أغنيائهم) وقال الشافعي لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم لذ كرم مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم

لا قال ارجع فلن نستعين بمشرك الحديث الى أن قال له في المرة الثالثة نعم قال انطلق وعن حبيب ابن اساف قال أثبت أنا ورجل من قومي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزوا فقلت يا رسول الله أنا نسحق أن يشهد قومنا مشهد الانشده معهم فقال أتسلمان فقلنا لا فقال أنا لا نستعين بالمشركون قال فأسلنا وشهدنا معه قال فقلت رجلا وضربني ضربة وتزوجت بنته بعد ذلك فكانت تقول لا عدمت رجلا وشهدك هذا الوشاح فأقول لا عدمت رجلا عمل أباك الى النار رواه الحاكم ومعهه وقول المصنف ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليهود ولم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم يفيد معارضة هذه الأحاديث والمذكور في ذلك حديث أبي يوسف رحمه الله أخبرنا الحسن بن عماره عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال استعان رسول الله صلى الله عليه وسلم يهود قينقاع فرضخ لهم ولم يسهم لكن تفرد به ابن عماره وهو مضعف وأسند الواقدي الى محبصة قال وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم بغشرة من يهود المدينة غراهم أهل خيبر وأسهم لهم كسهمان المسلمين ويقال أحذاهم ولم يسهم لهم وأسند الترمذي الى الزهري قال أسهم عليه الصلاة والسلام لقوم من اليهود قاتلوا معه وهو منقطع وفي سنده ضعف مع ان يحيى بن القطان كان لا يرى مراسيل الزهري وقنادة شيئا ويقول هي بمنزلة الریح ولا شك أن هذه لا تقاوم أحاديث المنع في القوة فكيف تعارضها وقال الشافعي رحمه الله رده صلى الله عليه وسلم للمشرك والمشركون كان في غزوة بدر ثم انه عليه الصلاة والسلام استعان في غزوة خيبر يهود من بني قينقاع واستعان في غزوة حنين سنة ثمان بصفوان بن أمية وهو مشرك قال ديان كان لاجل انه مخير بين أن يستعين به وان يرده كماله رد المسلم لمعنى يخافه فليس واحدا من الحديثين مخالفا للآخر وان كان لا جمل أنه مشرك فقد نسخ ما بعده ولا بأس أن يستعان بالمشركون على قتال المشركين اذا خرجوا طوعا وبرضخ لهم ولا يسهم لهم ولا يكون لهم راية تخصهم ولم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أسهم لهم واعمل رده من رده في غزوة بدر جاء أن يسلم (قوله وأما الخمس) أي الذي تقدم أنه يخرج منه أولا (فيقسم على ثلاثة أسهم لليتامى وسهم للساكنين وسهم لابن السبيل يدخل فقرا وذوي القربى فيهم ويقدمون) على غيرهم لان غيرهم من الفقراء يتمكنون من أخذ الصدقات وذوو القربى لا تحل لهم هذا رأى الكرخي وسياق رأى الطحاوي أنه يدخل فقراء اليتامى من ذوي القربى في سهم اليتامى المذكورين دون أغنيائهم واليتيم صغير لا أب له والمساكين منهم في سهم المساكين وفقراء أبناء السبيل من ذوي القربى في أبناء السبيل فان قيل فلا فائدة حينئذ في ذكر اسم اليتيم حيث كان استحقاقه بالفقر والسكنى لا باليتيم أجيب بان فائدة دفع توهم أن اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيئا لان استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها ومنه ما ذكر في التأويلات للشيخ أبي منصور لما كان فقرا وذوي القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة في ذكرهم في القرآن أجاب بان أفهام بعض الناس قد تنفذ الى أن الفقير منهم لا يستحق لانه من قبيل الصدقة ولا تحل لهم وفي التحفة هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف الى مصنف واحد منهم جاز كافي الصدقات (وقال الشافعي لذوي القربى خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم) ويقول الشافعي قال أحد وعند مالك الامر مفوض الى رأي الامام ان شاء قسم بينهم وان شاء أعطى بعضهم دون بعض وان شاء أعطى غيرهم ان كان أمر غيرهم أهم من أمرهم (ويقسم بينهم لذ كرم مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم) من القرابات ونحن نوافق على أن القرابة

قال (وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم لليتامى وسهم للساكنين وسهم لابناء السبيل يدخل فقرا وذوي القربى فيهم) أي في الاصناف الثلاثة ومعنى هذا الكلام ان أيتام ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى ويقدمون عليهم ومساكين ذوي القربى يدخلون في سهم المساكين وأبناء السبيل منهم يدخلون في أبناء السبيل وسبب الاستحقاق في هذه الاصناف الثلاثة الاحتياج غير أن سببه مختلف في نفسه من اليتيم والسكنى وكونه ابن السبيل ثم انهم مصارف لا مستحقون حتى انه لو صرف الى مصنف واحد منهم جاز عندنا كافي الصدقات (ولا يدفع الى أغنيائهم وقال الشافعي وضى الله عنه لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم لذ كرم مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم) من بني عبد شمس وبني نوفل

(لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغنى والفقير) فيشتركان (ولنا أن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قسموا الخمس على ثلاثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة) ولم يخالفهم أحد فكان إجماعا وقوله (وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم) دليل على أنه لم يصرف إلى أغنيائهم شيء لأنه قال (يا بني هاشم إن الله كره لكم) (٣٢٩) غسالة أيدي الناس وأوساخهم

وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما ثبت في حق من ثبت في حقه المعوض وهم الفقراء) يعني ان المعوض وهو الزكاة لا يجوز دفعها إلى الاغنياء فكذلك يجب أن يكون عوض الزكاة وهو خمس الغنائم لا يدفع إليهم لان المعوض انما ثبت في حق من فات عنه المعوض والا لا يكون عوضا لذلك المعوض فان قيل هذا الحديث إما ان يكون ثابتا صحيحا أولا فان كان الاول وجب أن يقسم الخمس على خمسة أسهم وأنتم تقسمونه على ثلاثة أسهم وهو مخالف منكم للحديث الثابت الصحيح وان كان الثاني لا يصح الاستدلال به أجيب بأن هذا الحديث دلالتين أحدهما اثبات العوض في المحل الذي فات عنه المعوض على ما ذكرنا والثانية جعله على خمسة أسهم ولكن قام الدليل على انتفاء خمسة الخمس على خمسة أسهم وهو فعل الخلفاء الراشدين كما تقدم ولم يبق الدليل على تغيير العوض ممن فات عنه المعوض فقلنا به كما تقدم

لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغنى والفقير ولنا أن الخلفاء الأربعة الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عليه الصلاة والسلام يا معشر بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما ثبت في حق من ثبت في حقه المعوض وهم الفقراء

المراة هنا تخص بني هاشم وبني المطلب فالخلاف في دخول الغنى من ذوى القربى وعندهم وقال المزني والثوري يستوي فيه الذكروا لا تقي ويدفع للقاصي والداني وهو ظاهر اطلاق النص (له اطلاق قوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغنى والفقير) ولان الحكم المعلق بوصف يوجب أن مبدأ الاشتقاق عنه ولا تفصيل فيه بخلاف البناء فانهم يشترطون فيهم الفقر مع تحقق الاطلاق كقولنا وذلك لان اسم اليتيم يشعر بالحاجة فكان مقيد بمعنى به بخلاف ذوى القربى ثم لا تنفي مناسبتها بالغنى لانه لا يبعد كون قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم توجب استحقة هذه الكرامة (ولنا أن الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة) ثم إنه لم ينكر عليهم ذلك أحدهم علم جميع الصحابة بذلك وتوافرهم فكان إجماعا اذ لا يظن بهم خلاف رسول الله صلى الله عليه وسلم والكلام في اثباته فروى أبو يوسف عن الكلبى عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الخمس كان يقسم على عهده عليه الصلاة والسلام على خمسة أسهم لله والرسول سهم ولذي القربى سهم واليتامى سهم وللساكين سهم ولابن السبيل سهم ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للساكين وسهم لابن السبيل وروى الطحاوى عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدى عن عبد الله بن المبارك عن محمد بن إسحق قال سألت أبا جعفر يعني محمد بن علي فقلت أرايت علي بن أبي طالب رضي الله عنه حيث ولي العراق وما ولي من أمر الناس كيف صنع في سهم ذوى القربى قال سلك به والله سبيل أبي بكر وعمر فقلت وكيف وأنتم تقولون ما تقولون قال أما والله ما كان أهل بيته يصدرون إلا عن رأيه فقلت فما منعه قال كره والله أن يدعى عليه بخلاف سيرة أبي بكر وعمر انتهى وكون الخلفاء فعلا وذلك لم يختلف فيه وبه تصح رواية أبي يوسف عن الكلبى فان الكلبى مضعف عند أهل الحديث إلا أنه وافق الناس وانما الشافعي يقول لا إجماع بخلافه أهل البيت وحين ثبت هذا حكمنا بأنه انما فعله اظهروا أنه الصواب لأنه لم يكن يحل له أن يخالف اجتهاده اجتهادهما وقد علم أنه خالفهما في أشياء لم توافق رأيه كبيع أمهات الاولاد وغير ذلك فحين وافقهما علمنا أنه رجع إلى رأيهما ان كان ثبت عنه أنه كان يرى خلافه وبهذا يدفع ما استدل به الشافعي عن أبي جعفر محمد بن علي قال كان رأى علي في الخمس رأى أهل بيته ولكن كره أن يخالف أبا بكر وعمر قال ولا إجماع بدون أهل البيت لأننا نمنع أن فعله كان تقية من أن ينسب إليه خلافا وكيف وفيه منع المستحقين من حقهم في اعتقاده فلم يكن منعه إلا رجوعه وظهور الدليل له وكذا ما روى عن ابن عباس من أنه كان يرى ذلك محمول على أنه كان في الاول كذلك ثم رجع ولئن لم يكن رجع فلا خذ بقول الراشدين مع اقتراحه بعدم النكير من أحد أولى فان قيل لو صح ما ذكرتم لم يكن سهم مستحق لذوى القربى أصلا لان الخلفاء لم يعطوهم وهو الحق وهو مخالف للكتاب ولفعله عليه الصلاة والسلام لانه أعطاهم بلا شبهة أجاب على قول الكرخي أن الدليل دال على أن السهم للفقير منهم لقوله عليه الصلاة والسلام يا معشر بني هاشم الحديث وهو بهذا

(٤٣ - فتح القدير رابع) على تكرار الصلاة على الجنائز بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على حزة سبعين صلاة وهو لا يقول بالصلاة على الشهيد ولكن يقول للحديث دلالتان فأحدهما باقية وانما تنفت الاخرى فان قيل لو كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته لما أعطاهم النبي عليه الصلاة والسلام وقد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم أعطى بني هاشم وبني المطلب

عليه وسلم أعطاهم
لنصرة ألا ترى أنه عليه
الصلاة والسلام علل
فقال إنهم لن ير الوامعي
هكذا في الجاهلية والاسلام
وشبك بين أصابعه)
وقصته ما روى عن جبير بن
مطعم أنه قال لما كان يوم
خبر وضع رسول الله صلى
الله عليه وسلم سهم ذوى
القربى بين بني هاشم وبني
المطلب وزك بن نوفل
وبني عبد شمس فانطلقت
أنا وعمشان بن عفان حتى
أتينا رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقلنا يا رسول الله
هؤلاء بنو هاشم لا ننكر
فضلهم للموضع الذى وضعك
الله به فيهم فما بال اخواننا
بني المطلب أعطينهم وتركتنا
وقرابتنا واحدة فقال عليه
الصلاة والسلام أنا وبنو
المطلب لا نفرق في جاهلية
ولا اسلام واغاضن وعهم شئ
واحد وشبك بين أصابعه
وأشار الى نصرتهم واذا
كان كذلك (دل على ان
المراد بالنصر) أعنى قوله
ولذى القربى (قرب النصره
لاقرب القرابة) والمراد
بالنصرة نصره الاجتماع
في الشعب لانصرة القتال
يشير اليه قوله لا نفرق في
جاهلية ولا اسلام ولهذا
يصرف للنساء والذراري
واذا ثبت أن النبي صلى الله
عليه وسلم أعطاهم للنصرة
للقربا وقد انتهت النصره انتهى الاعطاء لان الحكم ينتهي بانتهاء علته

والنبي عليه الصلاة والسلام أعطاهم للنصرة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام عال فقال إنهم لن ير الوامعي
هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين أصابعه دل على أن المراد من النص قرب النصره لاقرب القرابة
اللفظ غريب وتقدم في الزكاة وأسنده الطبراني في معجمه حدثنا معاذ بن المثني حدثنا مسدد حدثنا معتمر
ابن سليمان وساق السند الى ابن عباس قال بعث نوفل بن الحرث ابنه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال لهما انطلقا الى عكالكه يستعين بكما على صدقات فأجاب النبي صلى الله عليه وسلم فأخبراه بحاجتهما
فقال له - ما لا يحل لاهل البيت من الصدقات شئ ولا غسالة الايدي ان لكم في خمس الخمس ما يغنيكم
ويكفيكم ورواه ابن أبي حاتم في تفسيره حدثنا أبي حدثنا ابراهيم بن مهدي المصيصي حدثنا معتمر بن
سليمان به لفظ رغبت لكم عن غسالة أيدي الناس ان لكم من خمس الخمس ما يغنيكم وهو اسناد حسن
ولفظ العوض انما وقع في عبارة بعض التابعين ثم في كون العوض انما ثبت في حق من ثبت في حقه
المعوض ممنوع ثم هذا يقتضي أن المراد بقوله تعالى ولذى القربى فقراء ذوى القربى فيقتضي اعتقاد
استحقاق فقراهم أو كونهم مصارف مستمرا وينافيه اعتقاد حقه منع الخلفاء الراشدين اياهم مطلقا
كما هو ظاهر ما روي انهم لم يعطوا ذوى القربى شيئا من غير استثناء فقراهم وكذا ينافيه اعطاؤه عليه
الصلاة والسلام الاغنياء منهم كما روى أنه أعطى العباس وكان له عشرون عبدا يجرون وقول المصنف
(والنبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة الخ) يدفع هذا السؤال الثاني لكن يوجب عليه المناقضة مع
ما قبله لان الحاصل حينئذ أن القرابة المستحقة هي التي كانت نصرته وذلك لا يخص الفقير منهم ومن
الاغنياء من تأخر بعده عليه الصلاة والسلام كالعباس فكان يجب على الخلفاء أن يعطوهم وهو
خلاف ما نقلت عنهم انهم لم يعطوهم بل حصره والقسم في الثلاثة ويعكر ما سيروه في تعميم قول
الكرخي أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم سهم مائة لم يعرف اعطاه عمر بقيد الفقر مروي بابل
المروي في ذلك ما في أبي داود عن سعيد بن المسيب حدثنا جبير بن مطعم أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل من الخمس شيئا كما قسم لبني هاشم وبني المطلب قال وكان
أبو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غير أنه لم يكن يعطى قريبي رسول الله صلى الله
عليه وسلم كما كان يعطيهم النبي صلى الله عليه وسلم وكان عمر يعطيهم ومن كان بعده منه وأخرج أبو
داود أيضا عن عبد الرحمن بن أبي ليلى سمعت عليا قال اجتمعت أنا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة عند
النبي صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان رأيت أن توليني حقنا من هذا الخمس في كتاب الله أقسمه
حياتك كي لا ينزعني أحد بعده فافعل قال ففعل ذلك فقسمته حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم
ولاه أبي بكر حتى كان آخر سنة من سني عمر أتاه مال كثير فعزل حقنا ثم أرسله الى فقلت بنا العام غني
وبالمساكين اليه حاجة فاردده عليهم فردده ثم لم يدعني اليه أحد بعد عمر فقلت العباس بعد ما خرجت من
عند عمر فقال يا علي حرمتنا الغداة شيئا لا يرد علينا وكان رجلا داهيا فهذا ليس فيه تقييد الاعطاء بالفقر
المعطى منهم وكيف والعباس كان ممن يعطى ولم ينصف بالفقر مع أن الحافظ المنذري ضعف هذا فقال
وفي حديث جبير بن مطعم أن أبا بكر لم يقسم لذوى القربى وفي حديث علي أنه قسم لهم وحديث
جبير صحيح وحديث علي لا يصح انتهى والذي يجب أن يعول عليه على اعتقاد أن الراشدين لم يعطوا
ذوى القربى أن القربى بيان مصرف لاستحقاق على ما هو المذهب والالم يجوز لهم منعهم بعده
عليه الصلاة والسلام وذلك أن ذوى القربى وان قيدت بالنصرة الموازنة في الجاهلية فانهم بقوا بعده
عليه الصلاة والسلام فكان يجب أن يعطوهم فلما لم يعطوهم كان المراد بيان أنهم مصارف أي أن
كلام المنذر كورين مصرف حتى جاز الاقتصار على صنف واحد كأن يعطى تمام الخمس لابناء السبيل
او ان يعطى تمامه للبشامى كما ذكرنا من التحفة فجاز للراشدين أن يصرفوه الى غيرهم خصوصا وقد رأوهم

قال (فأما ذكر الله تعالى في الخمس فإنه لا افتتاح للكلام تبركاً باسمه وسهم النبي عليه الصلاة والسلام سقط بموته كما سقط الصني) لأنه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسالة

أغنياء متمولين اذ ذلك ورأوا صرفه إلى غيرهم أنفع ونقول مع ذلك إن الفقير منهم مصرف ينبغي أن يقدم على الفقراء كما قدمناه ويدفع قول الطحاوي أنهم يحرمون لأن فيه معنى الصدقة يمنع كون الخمس كذلك بل هو مال الله لأن الجهاد حقه أضافه إليهم لاحق لنا الزمنا أدائه طاعة له ليس بصبر وسخا وبدل على بطلانه أنه عليه الصلاة والسلام صرفه لهم في حياته فلو كان فيه معنى الصدقة لم يفعل لكن بشكل على هذا أن مقتضاه كون الغني من ذوى القربى مصرفاً غير أن الخلفاء لم يعطوهم اختياراً منهم لغيرهم في الصرف والمذهب خلافه لأنه لو كان الغني مصرفاً صح الصرف إليه وأجزأ لأن المصرف من بحيث إذا صرف إليه سقط الواجب به وليس غني ذوى القربى عندهم كذلك هذا وأما أنه يكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لأن كونهم مصارف كان للنصرة فلما في أبي داود وغيره بسنده إلى سعيد بن المسيب قال أخبرني جبير بن مطعم قال لما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فأنطلقت أنا وعثمان بن عفان رضي الله عنه حتى أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا تنكر فضلهم للوضع الذي وضعك الله فيهم فإبالي أخواننا بني المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه الصلاة والسلام أنا وبنو المطلب لا نفرق في جاهلية ولا إسلام وإنما نحن وهم شيء واحد وشبكت بين أصابعه أشار بهذا إلى نصرتهم إياه نصرة المؤمنين والمواظفة في الجاهلية فإنه ليس اذالك نصر قتال فهو يشير إلى دخولهم معه في الشعب حين تعاقدت قريش على هجران بني هاشم وأن لا يبايعوهم ولا يناكحوهم والقصة في السيرة شهيرة وعن هذا استحققت ذرارهم مع أنهم لا يتأق منهم قتال وشرح قوله قرابتنا واحدة أنه عليه الصلاة والسلام محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وهذا الجد أعني عبد مناف له أولاد هاشم الذي من ذريته النبي صلى الله عليه وسلم والمطلب ونوفل وعبد شمس فكان قرابة كل من نوفل وبني عبد شمس والمطلب منه عليه الصلاة والسلام واحدة فقطضي استحقاق ذوى القربى أن يستحق الكل على قول الشافعي أو يكون فقراء الكل مصارف على قولنا فبني عليه الصلاة والسلام أن المراد القرابة التي تحقق منها تلك النصرة السابقة ومنع الراشد من لهم ليس بناء على علمهم بعدم الاستحقاق بل أنهم مصارف ورأوا غيرهم أولى منهم على ما ذكرنا (قوله فأما ذكر الله تعالى الخ) لما فرغ من بيان ذوى القربى شرع يبين حال سهم الله وسهم الرسول فذكر أن سهمه وسهم رسوله واحد فإنه ليس المراد من قوله تعالى فإن الله خسه ولرسوله ولكم ذكركم هذا أن له سبحانه سهماً كالكل من الأصناف سهم بل ذكر الله تعالى في افتتاح الكلام لتبرك به بذكر اسمه تعالى فإن الله ما في السموات وما في الأرض نسهم الله تعالى ورسوله واحد وقال أبو الواليه سهم الله ثابت بصرف إلى بناء بيتة الكعبة إن كانت قريصة والأقاليم مسجد كل بلدة ثبت فيها الخمس ودفعه بأن السلف فسروه بما ذكرناه هذا التفسير روى عن ابن عباس رضي الله عنه رواه الطبراني في تفسيره عن أبي كريب حدثنا أحمد بن يونس حدثنا ابن شهاب عن ورقاء عن نخل عن الضحاك عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قرأوا علموا أنما غنم من شيء فإن الله خسه ثم قال فإن الله خسه مفتاح الكلام لله ما في السموات وما في الأرض وكذا روى الحاكم عن الحسن بن محمد بن علي بن الحنفية فيه قال هذا مفتاح كلام الله الدنيا والآخرة وفي غير حديث عن ابن عباس رضي الله عنهما ما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بعث سرية فغنموا خمس الغنمة نصرف ذلك الخمس في خمسة فعلى قول هذا القائل تكون في ستة (قوله وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصني لأنه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسالة

قال (فأما ذكر الله تعالى في الخمس) لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم ذوى القربى بين وجه سقوط ماسوى الثلاثة المذكورة في النص فقال فأما ذكر الله تعالى في الخمس يعني قوله تعالى فإن الله خسه (فإنه لا افتتاح للكلام تبركاً بذكره وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصني) بالاجتماع (لأنه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسالة) لأن الحكم متى ترتب على المشتق فيكون المشتق منه علته

(ولارسول بعده والصني شيء كان بصطفية لنفسه صلى الله عليه وسلم مثل درع أو سيف أو جارية) اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر واصطفى صفية من غنائم خيبر (وقال الشافعي رضي الله عنه بصرف سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الخليفة والحنة عليه ما قدمناه) انه كان يستحقه برسالته (وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما رويناه) أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة لا يقال قوله وسهم ذوى القربى وقع مكررا حكما وتعايلا لا نأقوله ما ذكره أولا كان في حيز الاستدلال على القسمة على ثلاثة أسهم وهذا نقل لكلام صاحب القدوري قال أي القدوري (وبعده) أي بعد زمنه عليه الصلاة والسلام (بالفقر) قال المصنف (وهذا) أي استحقاقهم بالفقر (قول الكرخي وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط أيضا لما رويناه من الإجماع) يعني قوله ولنا أن الخلفاء الأربعة الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلاثة (٣٣٣) ولا يظن بهم أنه خفي عليهم النص أو منعوا حق ذوى القربى فكان إجماعهم

دال على أنه لم يبق استحقاق لا غنياتهم وفقرائهم ومنع الشافعي رضي الله عنه الإجماع وسنده ما روى عن أبي جعفر محمد بن علي رضي الله عنهم قال كان رأيي على في الخمس رأي أهل بيته ولكن كره أن يخالف أبا بكر وعمر رضي الله عنهما والإجماع بدون أهل البيت لا ينعقد وقلنا لا يحل للمجتهد أن يتردد رأي نفسه برأي مجتهد آخر احتشامه فان ثبت ما روى دل أنه كره المخالفة لأنه رأى الحجة معهما فقد خالفهما في كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده (قوله ولأن فيه) أي في سهم ذوى القربى (معنى الصدقة) لأن الهاشمي الذي يصرف إليه فقير إذا لم يكن فقيرا لا يجوز صرفه إليه بعد النبي صلى الله عليه وسلم باتفاق الروايات عن أصحابنا لما كان فيه

ولارسول بعده والصني شيء كان عليه الصلاة والسلام بصطفية لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية وقال الشافعي بصرف سهم الرسول إلى الخليفة والحنة عليه ما قدمناه (وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة) لما رويناه قال (وبعده بالفقر) قال العبد الضعيف عصمه الله هذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط أيضا لما رويناه من الإجماع ولأن فيه معنى الصدقة نظر إلى المصروف فحرمه كحرم الممالة وجه الأول وقيل هو الأصح ما روى أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء أما فقراؤهم فبيد خلون في الأصناف الثلاثة

ولارسول بعده والصني شيء كان بصطفية لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية (قبل القسمة وإخراج الخمس كما اصطفي ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين أتى به على رضي الله عنه بعد أن قتل منها ثم دفعه إليه وكما اصطفي صفية بنت حيي بن أخطب من غنيمة خيبر رواء أبو داود في سننه عن عائشة والحاكم وصححه) وقال الشافعي رحمه الله يصرف سهم الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الخليفة (لأنه إنما كان يستحقه بامتنه لا برسالته) قال المصنف (والحنة عليه ما قدمناه) أي من أن الخلفاء الراشدين إنما قسموا الخمس على ثلاثة فلو كان كما ذكره لقسموه على أربعة ورفعوا سهمه لأنفسهم ولم ينقل ذلك عن أحد وأيضا فهو حكم علق بمشتق وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق عليه وهو الرسالة وأما قول المصنف وسهم ذوى القربى الخ فقد تقدم ما يغني فيه وقوله (كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما رويناه) يعني ما تقدم من حديث جبير بن مطعم (وبعده بالفقر) لا يخفى ضعفه فان قوله تعالى ولذى القربى إمام أن يراد به القربى المختصة بتلك المرافقة في الضيق والموانسة فيه فتكون المصارف مطلقا في الحياة وبعد الممات وإما الفقراء منهم فهم المصارف كذلك أي في حياته وبعد مماته فليس الوجه فيه إلا ما قدمناه من أنه أريد أن القرابة الناصرة مصارف كغيرهم غير أنه عليه الصلاة والسلام أعطاهم اختيارا لا حبا لزين له لأن الصرف إليهم كان واجبا عليه كما أنه يجوز أن يقتصر على مصرف دون مصرف ثم رأى الخلفاء الراشدون الصرف إلى غيرهم وأما فقراؤهم فالأولى أن يعطوا ما قدمناه وما هو الحق في التقرير وإنما قال (وقيل هو الصحيح) أي قول الكرخي لأن من المشايخ كشمس الأئمة من يرجع قول الطحاوي عليه غير أن توجيهه بأن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم فيه ما تقدم وقوله (والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء) يريد إجماع الخلفاء الراشدين والافهوه محل النزاع إلى

معنى الصدقة حرم ذوو القربى إياه كحرم الهاشمي العامل على الصدقة الممالة وهو ما يعطى على عمله وقد مر في باب اليوم الزكاة وهذا الدليل أن كان بالنسبة إلى أصحابنا فهو تام وإن كان بالنسبة إلى الشافعي رضي الله عنه فليس بذلك لأن كون المصروف فقيرا ليس إلا في حيز النزاع عنده فإنه يسوي بين الغني والفقير (وجه الأول) يعني قول الكرخي (وقيل هو الأصح ما روى أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء) يعني إجماع الخلفاء الأربعة الراشدين كما مر (أما فقراؤهم فبيد خلون في الأصناف الثلاثة) كما تقدم في أول البحث وكره هذه الزيادة للإيضاح وإنما قال وقيل هو الأصح لأن صاحب الميسوط اختار قول أبي بكر الرازي أن الفقراء لم يكونوا مستحقين وإنما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرف إليهم مجازاة على النصرة التي كانت منهم ولم يبق ذلك بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مختار القدوري كما أشار إليه قوله وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة

وقوله (واذا دخل الواحد أو الاثنان) ظاهر وقوله (والمشهور أنه بخمس) ظاهر ووجه الرواية الأخرى أن العدد اليسير انما يدخل لا كتاب المال لا أعز الدين فصار كتابه لا يقدر على الفهر والغلبة فان قلت قوله تعالى واعلموا (٣٣٣) أنما غنمتم من شيء مطلق فيجب الخمس

وجدا الاذن أولم يوجد أجيب بأن الغنمة اسم لما هو المأخوذ فهر او غلبة وما أخذه الله سرقة وما أخذه الواحد والاثنان خلسة فلا يدخل تحت الغنمة وقوله (وان دخل

جماعة لها منعة) المنعة السرية تنقل الناطق عن كتاب الخراج لابن شجاع كان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول اذا دخل الرجل وحده فغنم ولا عسكر في أرض الحرب للمسلمين لا يخمس ما أخذه حتى يصير وانسعة فاذا بلغوا ذلك فهو سرية (قوله اذا دخلهم) أى ترك عونهم (كان فيه وهن المسلمين) أى ضعفهم

فصل في التنفيل التنفيل نوع من التصرف في الغنائم فصل عما قبله بفصل يقال نفل الامام الغازي أى أعطاه زائدا على سهمه بقوله من قتل قتيلا فله سلبه (قوله لا بأس بأن ينقل الامام) يدل على أن قول من قال كلمة لا بأس نستعمل فيما يكون تركه أولى ليس يجري على عمومه فان التنفيل قبل إحراز الغنمة مستحب لانه يحرر يرض والتحرير مندوب اليه بقوله تعالى يا أيها النبي حرر المؤمنين على القتال فان قيل الأمر المطلق للوجوب فما صارف عنه الى الاستحباب

نسبة الشيء باسم ما يؤول اليه

(واذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فأخذوا شيئا بخمس) لان الغنمة هو المأخوذ فهر او غلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد أو الاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور أنه بخمس لانه لما أذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كل منعة (فان دخلت جماعة لها منعة فأخذوا شيئا بخمس وان لم يأذن لهم الامام) لانه مأخوذ فهر او غلبة فكان غنمة ولا نه يجب على الامام أن ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

فصل في التنفيل قال (ولا بأس بأن ينقل الامام في حال القتال ويحرر يرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس) معناه بعد ما رفع الخمس لان التحرير مندوب اليه قال الله تعالى يا أيها النبي حرر المؤمنين على القتال وهذا نوع من تحرير يرض

اليوم من العلماء (قوله واذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين الخ) جمعه نظرا الى قوله فأخذوا ولا يخفى أن الكلام أيضا في قوله فأخذوا ويمكن كونه تنبيها على ان الثلاثة أيضا مراد أى اذا دخل واحد أو اثنان أو ثلاثة بغير اذن الامام (فأخذوا شيئا بخمس) وقد صرح بأن الثلاثة كالواحد وأما الأربعة فيخمس وفي المحيط عن أبي يوسف انه قد راجع الجماعة التي لا منعة لها بسبعة والتي لها منعة بعشرة ومذهب الشافعي ومالك وأكثر أهل العلم انه بخمس ما أخذه الواحد من خلاصه لانه مال حربى أخذ فهر او غلبة فكان غنمة فبخمس بالنص ونحن وأحد روجه الله في رواية عنه منع انه يسمى غنمة بل الغنمة ما أخذه فهر او غلبة لا اختلاسا وسرقة اذ المتلصص انما يأخذ بجيلة فكان هذا اكتسابا مباحا من المباحات كالاختطاب والاصطياد وحمل الخمس ما هو الغنمة بالنص بخلاف ما قالوا عليه من الواحد والاثنين اذا دخلوا باذن الامام لان على الامام أن ينصرهم حيث أذن لهم كما عليه ان ينصر الجماعة الذين لهم منعة كالاربعة أو العشرة اذا دخلوا بغير اذنه فحما مباح عن توهين المسلمين والذين فلم يكونوا مع نصرة الامام متلصصين وكان المأخوذ فهر او غنمة وخذله خذلا نانا اذ ترك نصرته وأسلمه

فصل في التنفيل نوع من القسمة فالحق بها وقدم تلك القسمة لانها بضابط وهذا بلا ضابط لانه الى رأى الامام بأن ينقل قليلا وكثيرا ونحوهما والتنفيل اعطاء الامام الفارس فوز سهمه وهو من النفل وهو الزائد ومنه النافله للزائد على الفرض ويقال لولد الولد كذلك أيضا ويقال نفل له تنفيل ونفله بالتخفيف نفلا لغنان فصيحان (قوله ولا بأس بأن ينقل الامام) أى يستحب ان ينقل نص عليه في المبسوط وسيد كرام المصنف انه تحرير يرض والتحرير مندوب اليه وبه يتأكد ما سلف بأن قول من قال لفظ لا بأس انما يقال للمتركه أولى ليس على عمومه واعلم أن التحرير واجب للنص المذكور لكنه لا ينحصر في التنفيل ليكون التنفيل واجبا بل يكون بغيره أيضا من الموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله تعالى فاذا كان التنفيل أحد خصال التحرير كان التنفيل واجبا محضرا ثم اذا كان هو ادعى الخصال الى المقصود يكون اسقاط الواجب به دون غيره مما يسقط به أولى وهو المندوب فصار المندوب اختيارا لا اسقاط به دون غيره لاهو في نفسه بل هو واجب محض وأما ما قيل في التنفيل ترجيح البعض وتوهين الآخر وتوهين المسلم حرام فليس بشيء والاحرم التنفيل لاستلزامه محرما وانما قيد بقوله حال القتال لان التنفيل انما يجوز عندنا قبل الاصابة سواء كان بسلب المقتول أو غيره وبشكل عليه قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فأنما كان بعد فراغ الحرب في حين (قوله فيقول من قتل قتيلا فله سلبه) أو من أصاب شيئا فهو له (أو يقول للسرية قد جعلت لكم) النصف أو (الربع بعد الخمس)

فالجواب انه يعارضه دليل قسمة الغنائم فانصرف الى الاستحباب (قوله من قتل قتيلا)

فصل في التنفيل قال المصنف (فيقول من قتل قتيلا الخ) أقول القاء للتفسير

(قوله ثم قد يكون التنفيل بما ذكر) (٣٣٤) يعني التنفيل بالسلب (وقد يكون بغيره) نحو الذهب والفضة لان

النبي صلى الله عليه وسلم
نفل ابن مسعود يوم بدر
بسيف أبي جهل وكان
عليه فضة (ولا ينبغي للامام
ان ينفل بكل المأخوذ لان
فيه ابطال حق الكل وان
فعله مع السرية جاز) لما
ذكر في السير الكبير اذا قال
الامام للعسكر جميعا
ما أصبتم فهو لكم نفلا
بالسوية بعد الخمس لا يجوز
لان المقصود من التنفيل
التخريض على القتال وانما
يخص ذلك اذا خص
البعض بالتنفيل وكذلك اذا
قال ما أصبتم فهو لكم ولم
يقل بعد الخمس لان فيه
ابطال الخمس الذي أوجبه
الله تعالى في الغنيمة وابطال
حق ضعفاء المسلمين وذلك
لا يجوز وقوله (لانه لاحق
لغايمين في الخمس) فيه نظر
فانه ان لم يكن فيه ابطال
حق الغايمين ففيه ابطال
حق الاصناف الثلاثة
وذلك لا يجوز وأجيب بأن
جوازه باعتبار أن المنفل له
جعل واحدا من الاصناف
الثلاثة فلم يكن ثمة ابطال
حقهم اذ يجوز صرف الخمس
على أحد الاصناف لما تقدم
أنهم مصارف لا مستحقون
لكن ينبغي أن يكون المنفل
له الذي جعل واحدا من
الاصناف الثلاثة فقيرا لأن
الخمس حق المحتاجين لاحق

ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره لانه لا ينبغي للامام أن ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق
الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه (ولا ينفل بعد احرار الغنيمة
بدار الاسلام) لان حق الغير قد تأكد فيه بالاحراز قال (الامن الخمس) لانه لاحق للغايمين في الخمس
(واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء) وقال الشافعي السلب
للقاتل اذا كان من أهل أن يسهم له وقد قتلهم قبلا لقوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه
أي بعد دفع الخمس أما لو قال للعسكر كل ما أخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس أو للسرية لم يجوز
لان فيه ابطال السهمان التي أوجبهما الشرع اذ فيه تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال ما أصبتم
فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الثابت بالنص ذكره في السير الكبير وهذا
بعينه يبطل ما ذكرناه من قوله من أصاب شيئا فهو له لان اتحاد لازم فيهما وهو بطلان السهمان
المنصوصة بالسوية بل وزيادة حرمان من لم يصيب شيئا أصلا بانتهاه فهو أولى بالبطلان والفرع
المذكور من الحواشي وبه أيضا ينبغي ما ذكر من قوله انه لو نفل بجميع المأخوذ جاز اذا رأى
المصلحة فيه وفيه زيادة يحاش الباقين وزيادة الفتنة ولا ينفل بجميع المأخوذ لان فيه قطع حق الباقين
ومع هذا لو فعل جاز اذا رأى المصلحة فيه ثم محل التنفيل الاربعة الاخماس قبل الاحراز بدار الاسلام
وبعد الاحراز لا يصح الامن الخمس وبه قال أحمد وعند مالك والشافعي رحمهم الله لا يصح الامن الخمس
لانه المقروض الى رأى الامام وما بقي للغايمين قلنا انما هي حقهم بعد الاصابة أما قبلها فهو مال الكفار
وفيه نظر لان حقيقة التنفيل انما هو مما يصاب لاحال كونه مالهم فان حقيقة تعليق التملك بالاصابة
وعند الاصابة لم يبق مال الكفرة ثم حق الغايمين فيه ضعيف مادام في دار الحرب بخلافه بعده وعلى
هذا لو كان القتال وقع في دار الاسلام بأن هجمها العدو وليس له ان ينفل الامن الخمس لانه بمجرد الاصابة
صار محررا بدار الاسلام (قوله لانه لاحق للغايمين في الخمس) أورد عليه أنه ان لم يكن حقهم فهو
للاصناف الثلاثة فكما لا يجوز ابطال حق الغايمين كذا لا يجوز ابطال حق غيرهم أجيب انما يجوز
باعتبار جعل المنفل له من أحد الاصناف الثلاثة وصرف الخمس الى واحد من الاصناف يكفي لما قدمنا
أنهم مصارف ولهذا قال في الذخيرة لا ينبغي للامام أن يضعه في الغنى ويجعل نفلا له بعد الاصابة لان
الخمس حق المحتاجين لا الاغنياء فجعله للاغنياء ابطال حقهم (قوله واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من
جملة الغنيمة والقاتل وغيره سواء) وهو قول مالك (وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من أهل أن يسهم
له) وبه قال أحمد لانه قال اذا كان من أهل السهم أو الرضخ وشرط الشافعي الاول قول واحد وله
فحين يرضخ له قولان أحدهما كقول أحمد والثاني لا سلب له وشرطا أن يقتله مقبلا لا مدبرا وأن
لا يرمى سهمه الى صف المشركين فيصيب واحدا فيقتله لان ذلك ليس غناء كثيرا اذ كل أحد لا يحجز عنه
واستدل عليه بما روي بالجماعة الا للنسائي من حديث أبي قتادة خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
الى حنين فساقه الى أن قال فقال عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه قال فقلت فقلت
من يشهد لي ثم جلست ثم قال مثل ذلك في الثانية فقامت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالك يا أبا
قتادة فاقصصت عليه القصة يعني قصة قتله للقتيل فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله وسلب
ذلك القتيل عندي فأرضه من حقه فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه لاها الله اذن لا يبعد الى أسد من
أسد الله تعالى يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيك سلبه قال عليه الصلاة والسلام صدق فأعطه اياه قال
فأعطانيه وأخرج أبو داود في سننه عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين من
قتل كافرا فله سلبه فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلا وأخذ أسلابهم ورواه ابن حبان والحاكم
وقال صحيح على شرط مسلم ولا خلاف في أنه عليه الصلاة والسلام قال ذلك وانما الكلام أن هذا منه

والظاهر أنه نصب شرع لانه بعثه ولأن القاتل مقبلاً كثر غناؤه فيخص بسلبه اظهارة التفاوت بينه وبين غيره ولنا أنه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فية قسم قسمة الغنائم كما نطو به النص وقال عليه الصلاة والسلام لحبيب بن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلا الا ما طابت به نفس امامك ومارواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فتحمله على الثاني لما روينا

نصب الشرع على العموم في الاوقات والاحوال أو كان تحريضاً بالتنفيل فإله في تلك الوقعة وغيرها يخصها ما عنده (هو نصب الشرع) لانه هو الاصل في قوله (لانه انما بعث لذلك) وقلنا كونه تنفيلاً هو أيضاً من نصب الشرع والدلالة على أنه على الخصوص واستدل المصنف على ذلك (بأنه عليه الصلاة والسلام قال لحبيب بن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلا الا ما طابت به نفس امامك) فكان دليله على أحد محتملي قوله ومن قتل قتيلاً فله سلبه وهو أنه تنفيل في تلك الغزاة لانصاب عام للشرع وهو حسن لو صح الحديث أو حسن لكنه انما رواه الطبراني في مجمع الكبر والوسط بلغ حبيب بن مسلمة أن صاحب قبر صخر يريد طريق أنزريجان ومعه زمر ذوياقوت ولواؤو غيرة فخرج اليه فقتله فجاء بما معه فأراد أبو عبيدة أن يخمسه فقال له حبيب بن مسلمة لا تحرمي رزقاً رزقنيه الله فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل فقال معاذيا حبيب اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انما للمرء ما طابت به نفس امامه وهذا معلول بعرو بن واقد ورواه اسحق بن راهويه حديثاً بقبه بن الوليد حدثني رجل عن مكحول عن جنادة بن أمية قال كنا معسكرين بدابق فذكر لحبيب بن مسلمة الفهرى الى أن قال فجاء بسلبه يحتمله على خمسة أنغال من الديباغ والياقوت والزبرجدة أراد حبيب أن يأخذه كله وأبو عبيدة يقول بعضه فقال حبيب لا بي عبيدة قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلاً فله سلبه قال أبو عبيدة انه لم يقل ذلك للأبد وسمع معاذ ذلك فأتى أبا عبيدة وحبيب بخاصمه فقال معاذ لا تقي الله وتأخذ ما طابت به نفس امامك فإنا لك ما طابت به نفس امامك وحدثهم بذلك معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم فاجتمع رأيهم على ذلك فأعطوه بعد الخمس فباعه حبيب بألف دينار وفيه كما ترى مجهول ويخص المصنف أنه جعله خطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبيب وليس كذلك وسماه حبيب بن أبي سلمة وصوابه حبيب بن مسلمة ولكن قد لا يضر ضعفه فإنا انما نأمنس به لا أحد محتملي لفظ روى عنه عليه الصلاة والسلام وقد يتأيد بما في البخاري ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف في مقتل أبي جهل يوم بدر فان فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال لمعاذ بن عمرو بن الجوح ومعاذ بن عفر بعد ما رأى سيفهم ما كلاً كما قتله ثم قضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجوح وحده ولو كان مستحقاً للقاتل لقضى به لهما إلا أن البيهقي دفعه بأن غنيمة بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم بنص الكتاب يعطى منها من شاء وقد قسم الجماعة لم يحضروا ثم نزلت آية الغنيمة بعد بدر فقضى عليه الصلاة والسلام بالسلب للقاتل واستقر الامر على ذلك انتهى يعني ما كان آنذاك قال السلب للقاتل حتى يصح الاستدلال وقد يدعي أنه قال في بدر أيضاً على ما أخرجه ابن مردويه في تفسيره من طريق فيه الكافي عن أبي صالح عن ابن عباس وعن عطاء بن عجلان عن عكرمة عن ابن عباس قال قال عليه الصلاة والسلام يوم بدر من قتل قتيلاً فله سلبه فجاء أبو اليسر بأسيرين فقال سعد بن عبادة أي رسول الله أم والله ما كان بناجين عن العدو ولا ضن بالحياة أن نصنع ما صنع اخواننا ولكننا رأيناك قد أفردت فكرهنا أن ندعك بمضبعة قال فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يوزعوا تلك الغنائم بينهم فظهر أنه حيث قاله ليس نصب الشرع إلا بد وهو ان ضعف سنده فقد ثبت أنه قال يوم بدر من قتل قتيلاً فله كذا وكذا في أبي داود ولا شك أنه لم يقل بلفظ كذا وكذا وانما هو كتابة من الراوي عن خصوص ما قاله وقد علمنا أنه لم يكن عنى دراهم أو دنانير فان الحال بذلك غير معناد ولا الحال يقتضي ذلك لقلتها أو عدمها فيغلب على الظن

وقوله (وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل) قيل وهو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون نصب الشرع اذا قال بالمدينة في مسجده ولم ينقل عنه ذلك الا يوم بدر وحين الحاجة الى التريض وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال من أخذ أسيراً فهو له ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في السلب (فيحتمل على الثاني) يعني على التنفيل (لما روينا) من حديث حبيب بن أبي سلمة دفعا للتعارض

قال المصنف (فتحمله على الثاني الخ) أقول فيه بحث

وزيادة الغناء لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرناه (والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه
وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيقته أو على وسطه
وما عد ذلك فليس بسلب)

أن ذلك المكنى عنه الراوى هو السلب وما أخذ لانه المعتاد أن يحصل في الحرب للقاتل وليس كل ما روى
بطريق ضعيفة باطلا فيقع الظن بضعفه جعله في بدر السلب للقاتل والمأخوذ لا تخذ فيجب قبوله غاية
الامر أنه تظافرت به أحاديث ضعيفة على ما يقيد أن المذكور من قوله من قتل قتيلاً فله سلبه أنه
ليس نصيباً عاماً مستمراً والضعيف إذا تعددت طرقه يرتقى إلى الحسن فيغلب الظن أنه تنفيل في تلك
الوقائع وما يبين ذلك بقية حديث أبي داود فإنه قال بعد قوله كذا وكذا فتقدم الفتيان ولزم المشيخة
الرايات فلما فتح الله عليهم قال المشيخة كنار دالككم لو انهم زمتهم فتمت الينا فلا تذهبوا بالمغنم ونبقى فأبى
الفتيان ذلك وقالوا جاهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لنا الحديث فقوله جعله يبين أن كذا وكذا هو جعله
السلب للقاتلين والمأخوذ لا تخذين وحديث مسلم وأبي داود عن عوف بن مالك الأشجعي دليل ظاهر
أنه كما قلنا قال خرجت مع زيد بن حارثة في غزوة مونة ورافقني مددي من أهل اليمن فلقينا جوع الروم
وفيه رجل على فرس أشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يفرى بالمسلمين وقعدله المددي
خلف صخرة فبربه الرومي فعرب فرسه فخر فعلاه وقتله وحاز فرسه وسلاحه فلما فتح الله على المسلمين
بعث الله خالد بن الوليد فأخذ منه سلب الرومي قال عوف فأنبت خالداً فقلت له يا خالد أما علمت أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى ولكني استكرته قلت لثرتته أو لأعرفتكم كما
عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى أن يعطيه قال عوف فاجتمعتنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقصص عليه قصة المددي وما فعل خالد فقال عليه الصلاة والسلام يا خالد رد عليه ما أخذت منه قال
عوف فقلت دونك يا خالد ألم أف لك فقال صلى الله عليه وسلم وما ذاك قال فأخبرته قال فغضب
رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا خالد لا ترد عليه هل أنتم تاركون لي أمراق لكم صفوة أمرهم وعليهم
كدره ففيه أمران الأول رد قول من قال أنه عليه الصلاة والسلام لم يقل من قتل قتيلاً فله سلبه إلا في
حين فان مونة كانت قبل حنين وقد اتفق عوف وخالد أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالسلب للقاتل
قبل ذلك والاخر أنه منع خالد من رده بعدما أمر به فدل أن ذلك حيث قاله عليه الصلاة والسلام
كان تنفيلاً وأن أمره إياه بذلك كان تنفيلاً طابت نفس الامام له به ولو كان شرعاً لازماً لم يمنع من مستحقه
وقول الخطابي انما منعه أن يرد على عوف سلبه زجر العوف لئلا يتجرأ الناس على الأئمة وخالد كان مجتهداً
فأمضاه عليه الصلاة والسلام واليسير من الضرر يحمل للكثير من النفع غلط وذلك لأن السلب لم
يكن للذي تجرأ وهو عوف وانما كان للمددي ولا تزر وازرة وزر أخرى وغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم
وسلم لذلك كان أشد على عوف من منع السلب وأزجر له منه فالوجه أنه عليه الصلاة والسلام أحب
أولاً أن يعضي شفاعته للمددي في التنفيل فلما غضب منه رد شفاعته وذلك بمنع السلب لانه لغضبه
وسياسته يزرع بمنع حق آخر لم يقع منه جناية فهذا أيضاً يدل على أنه ليس شرعاً عاماً لازماً وقوله (وزيادة
الغناء) جواب عن تخصيصه بكونه يقتله مقبلاً فقال زيادة الغناء (في الجنس الواحد لا تعتبر) موجبة
زيادة من المغنم لم قامت به وقوله (كما ذكرناه) يعني ما قدمه في أول فصل كيفية القسمة من أنه
تعدرا اعتبار مقدار الزيادة بل نفس الزيادة لانه يحتاج إلى شاهد بأن اغناه هذا في هذا الحرب أكثر من هذا
ولا يكفي زيادة شهرة هذا دون ذلك اذ لا بعد أن يتفق اغناه من غير المشهور وفي وقت أكثر من المشهور أو
يشير إلى قوله لأن الكر والفر من جنس واحد (قوله والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه
ومركبه وما على مركبه من السرج والآلة وما معه على الدابة من مال في حقيقته وما على وسطه) من

وقوله (وزيادة الغناء)
جواب عن قوله لأن القاتل
مقبلاً أكثر غناه (قوله كما
ذكرنا) إشارة إلى ما تقدم
من قوله ولانه تعدرا اعتبار
مقدار الزيادة أو من قوله
لأن الكر والفر من جنس
واحد في فصل كيفية
القسمة

قال المصنف (ومركبه)
أقول بالرفع

(قوله لما من قبل) إشارة إلى ما ذكر في باب الغنائم وقسمتها بقوله ولأن الاستيلاء أثبات اليد الحافظة والناقلة فلما ثبتت الأحرار بدار الإسلام لم تثبت الناقلة فلا يثبت الاستيلاء ولما لم يثبت الاستيلاء لم يثبت الملك وقوله (لأن التنفيل يثبت به الملك عنده) دليله أن المدد لا يشاركونه فيما (كما يثبت بالقسمة في دار الحرب) وهو ليس بمحقق عليه لأن من أصحابنا من يقول (٣٣٧) قسمة الامام لا تعدم المانع من تمام

القهر وهو كونهم مقهورين دارا وكأنه لم يعتد بذلك الاختلاف لعدم شهرته وقوله (ووجوب الضمان) مرفوع على الابتداء وقوله (قد قيل على هذا الاختلاف) خبره وفي بعض النسخ وقد قيل بالواو فيكون معطوفا على قوله الملك أي يثبت الملك ووجوب الضمان للنفل له على من أنلف من الغزاة سلبه الذي أصابه والاول أولى وإنما ذكره دفع الشبهة ترد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف وبيان ذلك أن محمد بن داود كوفي الزيات أن المتلف لسلب من نفسه الامام يضمن لأن الحق متأكد ولم يذكر فيه الخلاف فورد الضمان شبهة عليهم لأن الضمان دليل تمام الملك فينبغي أن يحل الوطء على مذهبهما أيضا بعد الاستبراء فقال في دفع ذلك أنه أيضا على الاختلاف عند محمد بن يمين وعندهما لا يضمن والله أعلم

باب استيلاء الكفار

لما فرغ من بيان استيلائنا على الكفار أعقبه بذكر عكسه لاشتماله على أحكام مختلفة فكان خليفاً

وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقيين فأما الملك فأنما يثبت بعد الأحرار بدار الإسلام لما من قبل حتى لو قال الامام من أصاب جارية فهي له فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد بن داود أنه لا يبيعها لأن التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحرابي ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الاختلاف والله أعلم

باب استيلاء الكفار

(واذا غلب الترك على الروم)

ذهب وفضة (وما) سوى ذلك مما (هو مع غلامه أو على دابة أخرى فليس منه) بل حق الكل والحقيقة الرافدة في مؤخر القتب وكل شيء شددته في مؤخره رجلا أو قتيلا فقد استحقته والشاقي في المنطقة والطوق والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة وحقيقته قولان أحدهما ليس من السلب وبه قال أحد الآخر أنه من السلب وهو قولنا وعن أحمد في برده روايتان (قوله ثم حكم التنفيل قطع حق الباقيين) فقط (وأما الملك فأنما يثبت بعد الأحرار بدار الإسلام لما من قبل) أي في باب الغنائم من قوله ولأن الاستيلاء أثبات اليد الحافظة والناقلة الخ (حتى لو قال الامام من أصاب جارية فهي له) ومن أصاب شيئا فهو له (فأصابها مسلم فاستبرأها لا يحل له وطؤها) في دار الحرب (وقال محمد بن داود أنها) وهو قول الأئمة الثلاثة لأنه اختص بملكها بتنفيل الامام فصار كاختصاص بشرائها في دار الحرب أو بعد قسم الامام الغنائم في دار الحرب مجتهدا حيث يحل وطؤها بالاجماع بعد الاستبراء بخلاف المتلصص إذا أخذ جارية في دار الحرب واستبرأها لا يحل له وطؤها بالاتفاق لأنه ما اختص بملكها لأنه لو لحقه جيش المسلمين شاركوه فيها ولهما أن سلب الملك في النفل ليس الا القهر كما في الغنمة ولا يتم إلا بعد الأحرار بدار الإسلام لأنه ما دام في دار الحرب مقهورا ودارا وقاهر يدا فيكون السبب ثابتا في حقه من وجهه دون وجهه ولا أثر للتنفيل في اثبات القهر بل في قطع حق غيره وأما الملك فأنما سلبه ما هو السبب في كل الغنمة وهو ما ذكرنا بخلاف المشتراة لأن سبب الملك العقد والقبض بالتراضي لا القهر وقد تم وعدم الحل للمتلصص لعدم تمام القهر أيضا قبل الأحرار لما ذكرنا لأن حقوق الجيش موهوم فلا يعارض الحقيقة واعلم أن كون الملك يتم بالقسمة في دار الحرب عند أبي حنيفة فيه خلاف قيل نعم لأنه مجتهد فيه فيتم ملك من وقعت في سهمه فوطؤها بعد الاستبراء بالاتفاق كالمشتراة وجعل الاظهر في المسوطة عدم الحل فلا يتم القياس عليه لمحمد الأعلى أحد القوانين وقوله (ووجوب الضمان بالاتلاف) ذكره لدفع شبهة ترد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن محمد بن داود كوفي الزيات أن المتلف لسلب نفعه الامام رجلا لا يضمن ولم يذكر خلاف فورد عليه ما أن الضمان دليل تمام الملك فينبغي أن يحل الوطء عند كما أيضا بعد الاستبراء فقال في جوابه بل هو على الخلاف فأنما يضمن عند محمد بن داود خلافا لهما وفي نسخة وقد قيل بالواو والله الموفق

باب استيلاء الكفار

لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع في بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض وحكم استيلائنا عليهم وتقدمه الاول على الثاني ظاهر (قوله واذا غلب الترك على الروم) أي كفار الترك على كفار الروم

(٣٤ - فتح القدير رابع) بنويب باب له وافتتح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض كراهة أن يشتت بذكر غلبة الكفار على المسلمين والترك جمع الترك والروم جمع الروم أي الرجال المنسوبون إلى بلادهم والمراد به كفار الترك ونصارى الروم وكلامه واضح

باب استيلاء الكفار

فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها) لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما بينه
ان شاء الله تعالى (فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجد من ذلك) اعتبارا بسائر أملاكهم (واذا
غلبوا على أموالنا والعياذ بالله وأحرزوها بدارهم ملكوها) وقال الشافعي لا يملكونها لان الاستيلاء
محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهز سببا للثبوت على ما عرف من قاعدة الخصم

(فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق على مال مباح على ما بينه) عن
قريب (فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجد من مال) أي مما أخذوه منهم وان كان يمتنا وبين الروم
موادعة لا نألم نغدرهم انما أخذنا ما لا يخرج عن ملكهم ولو كان يمتنا وبين كل من الطائفتين موادعة
فاقتلوا فغلبت إحداهما كان لئسا أن نشترى المغنوم من مال الطائفة الأخرى من الغنائم لما ذكرنا
وفي الخلاصة والاحراز ابدار الحرب شرط أما بدارهم فلا ولو كان يمتنا وبين كل من الطائفتين موادعة
واقتلوا في دارنا لا نشترى من الغالبين شيئا لانهم لم يملكوه لعدم الاحراز فيكون شراؤنا غدرًا بالآخرين
فانه على ملكهم وأما لو اقتلت طائفتان في بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغالبين
نفسا أو مالا ينبغي أن يقال ان كان بين المأخوذ وبين الآخرية محرمة كالامية أو كان المأخوذ لا يجوز
بيعه إلا خذلم يجوز الا ان داؤا بذلك عند الكرخي وان لم يكن فان داؤا بأن من قهر آخر ملكه جاز
الشراء والا لا (قوله) واذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها) وهو قول مالك وأحمد إلا أن
عند مالك بمجرد الاستيلاء يملكونها ولا حذفيه وإيشان كقولنا وكقول مالك فيتنفرع على ملكهم
أموالنا بالاحراز أن لكل من دخل دار الحرب بامان من المسلمين ان يشتري ما أخذوه فبا كله ويطلق
الجارية للمكهنم كل ذلك (وقال الشافعي لا يملكونها لان الاستيلاء) أي استيلاءهم على أموالنا
(محظور ابتداء) عند الأخذ (وانتهاء) عند صيرورتها في دارهم لبقاء عصمة المال ببقاء سببها وهو
عصمة المال قال عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصمة فوامني دماءهم وأموالهم والكفار مخاطبون
بالحرمان اجما (والمحظور لا ينتهز سببا للثبوت على ما عرف من قاعدة) فصار كاستيلاء المسلم على
مال المسلم وكاستيلاءهم على رقابنا ولان النص دل عليه وهو ما روى الطحاوي مسندا الى عمران بن
الحصين قال كانت العصباء من سوابق الحاج فاغار المشركون على سرح المدينة وفيه العصباء
وأسرؤا امرأته من المسلمين وكانوا اذا نزلوا يريدون ابلهم في أفنتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد
ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الارغاح حتى أتت على العصباء فأتت على ناقة ذلول فركبتها ثم وجهت
قبل المدينة ونذرت لئن الله عز وجل نجها عليها لتخمرنها فلما قدمت عرفت الناقة فأوثقها الى النبي صلى الله
عليه وسلم فأخبرته المرأة بنذرها فقال بنس ما جزيتهم أو وفيتها لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك
ابن آدم وفي لفظ فأخذنا قتله ولو كان الكفار يملكون بالاحراز لملكتم المرأة لاحرازهم اياها وللمجهور
أوجه من النقل والمعنى فالاول قوله تعالى الفقراء المهاجرين سمأهم فقراء والفقير من لا يملك شيئا فدل
على أن الكفار ملكوا أموالهم التي خلقوها وهاجر واعنها وليس من ملك مالا وهو في مكان لا يصل
اليه فقير ابل هو مخصوص بابن السبيل ولذا عطفوا عليهم في نص الصدقة وأما ما استدله الشارحون
بما في الصحيحين أنه قبل له عليه الصلاة والسلام في الفتح أن تنزل غداة مكة فقال وهل ترك لنا عقيل من
منزل وروى أن تنزل غدا بدارك فقال وهل ترك لنا عقيل من ربيع وانما قاله لان عقيل كان استولى
عليه وهو على كفره فغير صحيح لان الحديث انما هو دليل أن المسلم لا يرث الكافر فان عقيل انما استولى
على الرباع بآثاره اياها من أبي طالب فانه توفي وترك عبدًا وجعفرًا مسلمين وعقيلًا وطالبًا كافرين فورثاه
لأن الديار كانت للنبي صلى الله عليه وسلم فلما هاجر استولوا عليها فملكوها بالاستيلاء وروى أبو داود
في مراسيله عن عبيد بن طرفة قال وجد رجل مع رجل ناقة فارفعها الى النبي صلى الله عليه وسلم فأقام

وقوله (حل لنا ما نجد من ذلك) أي مما أخذوا الترك
من أهل الروم لان المأخوذ
صار ملكا للترك كسائر
أموالهم وقوله (لان
الاستيلاء محظور ابتداء)
أي في دار الاسلام (وانتهاء)
أي في دار الحرب بعد
الاحراز وقوله (على
ما عرف من قاعدة الخصم)
أن المحظور ولو بوجه
لا ينتهز سببا للثبوت كافي
البيع الفاسد وأما المحظور
من كل وجهه بأن يكون
محظورًا بآصله ووصفه كافي
البيع الباطل كالبيع
بالميتة أو الدم فانه لا يوجب
الملك بالاتفاق

(ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح) وورد الاستيلاء على مال مباح (ينعقد سبب الملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائه على أموالهم) وقوله (وهذا) إشارة إلى ان الاستيلاء ورد على مال مباح وبيانه ان العصمة (٣٣٩) في المال لكل من ثبت له من

المسلم والكافر انما تثبت على منقاة الدليل فان الدليل وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يقتضي أن لا يكون مال قاصد صوم الشخص ما وانما تثبت العصمة (الضرورة) تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة بالاستيلاء (عادم مباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه) أي لان الاستيلاء (عبارة عن الاقتدار على المحل حالا وما لا) والكفار ما داموا في دار الاسلام اقتدروا على المحل حالا وانما يبقون عليه ما لا بالاحراز لانهم ما داموا في دارنا فهم مقهورون بالدار والاسترداد بالنصرة محتمل وقوله (والمحظور لغيره) جواب عن قول الخصم ان الاستيلاء محظور وتقريره سلمنا أنه محظور لكنه محظور لغيره مباح في نفسه على ما ذكرنا والمحظور لغيره (اذا صلح سببا لكرامة

ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سبب الملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائه على أموالهم وهذا لان العصمة تثبت على منقاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عادم مباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا وما لا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة

البينة أنما له وأقام الاخر البينة أنه اشتراها من العدو فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان شئت أن تأخذ بالنفس الذي اشتراها به فأنت أحق والانخل عن ناقته والمرسل حجة عندنا وعند أكثر أهل العلم وأخرج الطبراني مسندا عن عيسى بن طرفة عن جابر بن سمرة وفي سنده بأسين الزيات مضعف وأخرج المارقي ثم البيهقي في سننهما عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال فيما أحرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم ان وجدته صاحبه قبل أن يقسم فهو أحق به وان وجدته قد قسم فان شاء أخذه بالثمن وضعف بالحسن بن عمارة وأخرج المارقي عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من وجد ماله في النقي قبل أن يقسم فهو له ومن وجدته بعد ما قسم فليس له شيء وضعف بأسحق بن عبد الله بن أبي فروة ثم أخرجه بطريق آخر فيه رشدين وضعفه به وأخرجه الطبراني عن ابن عمر مرفوعا من أدرك ماله في النقي قبل أن يقسم فهو له وان أدركه بعد أن يقسم فهو أحق به بالثمن وفيه بأسين وضعفه به قال الشافعي واحتجوا أيضا بان عمر بن الخطاب قال من أدرك ما أخذ العدو قبل أن يقسم فهو له وما قسم فلا حق له فيه الا بالقيمة قال وهذا انما روى عن الشعبي عن عمر وعن رجاء بن حيوة عن عمر مرسلا وكلاهما لم يدرك عمر وروى الطحاوي بسنده الى قبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب قال فيما أخذه المشركون فأصابه المسلمون فعرفه صاحبه أي أدركه قبل أن يقسم فهو له وان جرت فيه السهام فلا شيء له وروى فيه أيضا عن أبي عبيدة مثل ذلك وروى بأسناد الى سليمان بن يسار عن زيد بن ثابت مثله وروى أيضا بأسناد الى قتادة عن خلاص أن علي بن أبي طالب قال من اشتري ما أحرز العدو فهو جائز والعجب ممن يشك بهذه الكثرة في نفي أصل هذا الحكم ويدور في ذلك بين تضعيف بالارسال او التكميل في بعض الطرق فان الظن بلا شك يقع في مثل ذلك ان هذا الحكم ثابت وأن هذا الجمع من علماء المسلمين لم يعمدوا للكذب ويبعد أنه وقع غلط للسلك في ذلك ويتوافق في هذا الغلط بل لا شك أن الراوي الضعيف اذا كثر جحجي معنى ما رواه يكون مما جاد فيه وليس يلزم الضعيف الغلط دائما ولا أن يكون أكثر حاله السهو والغلط هذا مع اعتضاده بما ذكرنا من الآية والحديث من الصحيح وحديث العضباء كان قبل احرازهم بدار الحرب الا يرى الى قوله وكافوا اذا نزلوا من نزال الخ فانه يفهم أنهم افعلت ذلك وهم في الطريق وأما المعنى فما أشار اليه المصنف بقوله (الاستيلاء ورد على مال مباح) يعني الاستيلاء الكائن بعد الاحراز في حال البقاء ورد على مال مباح (فينعقد سبب الملك كاستيلائه على أموالهم) فانه ما تم لنا الملك فيه الا لهذا المعنى (وهذا) أي كونه مباحا اذ ذلك (لان العصمة تثبت على منقاة الدليل) وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا فانه يقتضي اباحة الاموال بكل حال وانما تثبت (ضرورة تمكن المحتاج من الانتفاع فاذا زالت المكنة) من الانتفاع (عادم مباحا) وزوالها على التحقيق واليقين بنينا بالدارين فان الاحراز حينئذ يكون تاما وهو (الاقتدار على المحل حالا وما لا) بالادخار الى وقت حاجته بخلاف أهل البغي اذا أحرزنا أموالهم لا تزول أملاكهم لان العصمة ومكنة الانتفاع بانه مع اتحاد الدار والملة من وجهه فلا يزول الملك بالشك ثم أجاب عن قوله المحظور لا يصلح سببا لملك فقال ذلك في المحظور لنفسه (أما المحظور لغيره فلا فانا وجدناه صلح سببا لكرامة

قال المصنف (والمحظور لغيره اذا صلح الخ) أقول قال في الكافي هذا مشكل لان العصمة لا تخلو اما ان زالت بالاحراز بدارهم أو لم

تزل فان زالت لم يكن الاستيلاء محظورا للمسلم وان لم تزل لا يصير ملكا كما في مسألة البغاة الا أن يقال العصمة المؤتممة باقية لانها بالاسلام وان زالت المقومة لانها بالدار اهـ ولك أن تقول انه جواب على التبرز والتسليم

تفوق الملك وهو الثواب الآجل فباطنك بالملك العاجل (فان ظهر عليها المسلمون فوجدوها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة ان أحبوا) لقوله عليه الصلاة والسلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الأخذ فذا نظرنا إلى الآن في الأخذ بعد القسمة ضررا بالأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص فبأخذه بالقيمة لم يتبدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فبأخذه بغير قيمة (وان دخل دار الحرب تاجر فاشتري ذلك وأخرجه إلى دار الاسلام فمالكه الأول بالخيار ان شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه به وان شاء تركه) لانه يتضرر بالأخذ مجانا لا ترى أنه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه

تفوق الملك وهو الثواب (كافي الصلاة في الأرض المغصوبة (فباطنك بالملك الذي يوجب استيلاءهم على رقابنا فاسد لانهم ليست مالا وكذا على غصب المسلم مال المسلم وذلك لانه ليس فيه احرار يزبل الملك على ما ذكرنا في الباغي وأورد عليه أن العصمة ان زالت بالاحراز بداهتهم لا يكون الاستيلاء محظورا يحتاج إلى هذا الكلام وان لم تكن زالت لم تصر ملكا لهم وأجيب بان العصمة المؤتممة باقية لانهم بالاسلام والمقومة زالت لانهم بالدار وقد يقال ان كان الملك زال تبعاً لزال القيمة صار مباحا وعاد الأول وان لم يستقطر لزم الثاني فالمدار الاباحة وعدمها ثم الوجه أن لا حاجة إلى اثبات أنه محظور وغيره وذلك لان الاستيلاء ان أريد به ابتداء الأخذ أو إدخاله في دار الحرب يجب كونه قبيحا لعينه لانه ظلم وهو قبيح لنفسه فهو محرم لنفسه وان كان تحريم الغصب لقيام ملك الغير فهو قبيح لنفسه على ما عرف كذا أورد في الاصول على كون الغصب يفسد الملك ذلك أجيب بأن المفيد له هو الضمان على ما في توجيهه من الكلام بل نقول ليس الاستيلاء الأول سببا للملك ولا الادخال إلى دار الحرب بل الادخال سبب زوال ملكه الانتفاع وزوال ملكه الانتفاع سبب الاباحة وهو لا يتصف بحمل ولا حرمة لانه ليس من الافعال ثم الاستيلاء الكائن في البقاء على ذلك المال المباح سبب ملك الكافر وهذا الاستيلاء ليس محرم لانه على مال مباح واباحته مسببة عما ليس محرم وهو زوال الملكة فاما الأخذ وما يليه فاسباب لغير ذلك مما ذكرنا فكان الوجه منع أن سبب الملك هنا محظور لنفسه أو غيره بل هو أمر مباح والسبب البعيد لا يؤثر في المسبب الاخير لانه مسبب عن غيره على ما عرف من أن العلة البعيدة لا أثر لها في المعلول بخلاف الغصب فإنه لا يستعقب اباحة أصلا وقول بعضهم في التقرير لانهم أن الاستيلاء ورد على مال محظور ومعصوم لان استيلاءهم انما يتحقق بعد الاحراز وبعده ان رفعت العصمة فورد على مال مباح كمال المسلم ثم عهده اذ لم يهاجر اليها يقتضي أن ماله مباح وليس كذلك بل ماله معصوم عليه غير العقار على الخلاف المتقدم وسببه أنه ليس في يده بل يكفي المنع بان يقال لانهم لم يهاجروا لانه ورد على مال مباح الخ (قوله فان ظهر عليها المسلمون فوجدوها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة ان أحبوا) لقوله عليه الصلاة والسلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الأخذ فذا نظرنا إلى الآن في الأخذ بعد القسمة ضررا بالأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص فبأخذه بالقيمة لم يتبدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فبأخذه بغير قيمة (وان دخل دار الحرب تاجر فاشتري ذلك وأخرجه إلى دار الاسلام فمالكه الأول بالخيار ان شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه به وان شاء تركه) لانه يتضرر بالأخذ مجانا لا ترى أنه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه

تفوق الملك) كالصلاة في الأرض المغصوبة فانها تصلح سببا لاستحقاق أعلى النعم وهو الثواب في الآخرة فلا تنصلح سببا للملك في الدنيا أولى فان قيل لو ثبت الملك للكافر بالاستيلاء على مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد للمالك القديم من الغزاة الذي وقع في قسمته أو من الذي اشتراه من أهل الحرب بدون رضا الغزاة أجيب بأن بقاء حق الاسترداد لحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم ألا ترى ان الواهب الرجوع في الهبة والاعادة إلى قديم ملكه بدون رضا الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال وكذا الشفيع بأخذ الدار من المشتري بحق الشفعة بدون رضا المشتري مع نبوت الملك وقوله (فان ظهر عليها المسلمون) واضح

(قوله كالصلاة في الأرض المغصوبة الخ) أقول يخالف لما في كتب الاصول

وقوله (لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة) قيل عليه بأن الملك ثبت لله وهو له مجانا فلا يتضرر بالاخذ منه مجانا بخلاف ما ثبت لاحد الغزاة بالقيمة لان هذا الحق انما تعين له بازاء ما انقطع من حقه عما في أيدي الباقيين وأجيب بأن الملك ههنا أيضا ثبت بالعرض معنى لما أن المكافاة مقصودة في الهبة وان لم تكن مشروطة فجعل ذلك معتبرا في اثبات حقه في القيمة وقوله (ولو كان مغنوما) يعني لو كان ما أخذه الكفار من المسلمين مغنوما أي مأخوذا بالقهر والغلبة (وهو مثلي) كالذهب والفضة والحنطة والشعير (بأخذه قبل القيمة) ولا يأخذه بعدها (٣٤١) (لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذلك اذا كان

موهوبا لا يأخذه لما يناله) أن الاخذ بالمثل غير مفيد (وكذا اذا كان مشتري بمثله قدر او وصفا) يعني اذا كان ما أخذه الكفار من المسلمين مثليا فاشتراه من مسلم بمثله قدر او وصفا ثم جاء صاحبه القديم ليس له أن يأخذه منه لانه غير مفيد وانما قيد بقوله قدر او وصفا احترازا عما لو اشتراه المسلم بأقل قدر منه أو بجنس آخر أو بجنسه ولكنه أرد أمناه وصفا فان له أن يأخذه بمثل ما أعطاه المشتري ولا يكون ذلك ربا لانه انما قدي ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه لانه يشتره ابتداء قال (فان أسروا عبدا) اذا أخذ الكفار عبدا ودخلوا به دار الحرب (فاشترى رجل وأخرجه الى دار الاسلام ففقت عينه وأخذ رأسها فان المولى يأخذه بالثمن الذي أخذه من العدو أما الاخذ بالثمن فلما قلنا إن المشتري يتضرر بالاخذ مجانا (ولا يأخذ الارش لان

ولو اشتراه بعرض بأخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم بأخذه بقيمة لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل القيمة ولا يأخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهوبا لا يأخذه لما يناله وكذا اذا كان مشتري بمثله قدر او وصفا قال (فان أسروا عبدا فاشترى رجل وأخرجه الى دار الاسلام ففقت عينه وأخذ رأسها فان المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو) أما الاخذ بالثمن فلما قلنا (ولا يأخذ الارش) لان الملك فيه صحيح فلو أخذ أخذه بمثله وهو لا يفيد

الاخر وأشبهه بالتاجر اذا دخل دار الحرب فاشترى ما استولوا عليه من مال المسلم فانه ازالة ملك ثابت بعرض باحداث ملك زائل بعرض بقدره وهي المسئلة التي ذكرناها وهذا لان الشارع لما لم يزل الملك الخاص الحادث الغزوي في مقابلة غناه حصل له لا بمقابلة مال بذله الا يبدله ليعتدل النظر ويخفف الضرر من الجانبين فلا أن لا يزيله برفع ملك حصل بعرض باحداث ملك الا بعرض ليعتدل من الجانبين أولى (ولو) أن التاجر (اشترى بعرض بأخذه بقيمة العرض) هذا ولو ترك أخذه بعد العلم بشرائه وأخرجه من دار الحرب زمانا طويلا ان يأخذه بعده في ظاهر الرواية وفي رواية ابن سماعة عن محمد بن ليس له كالشفيع اذا لم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع والظاهر هو الاول (ولو وهبوه لمسلم أخذه مالكة بقيمة لانه ثبت له ملك خاص) في مقابلة ما كالمال أو أثقل من المائة اذا مال ثابت معنى لان المكافاة مطلوبة والظاهر ابقاؤها (فلا يزال الا بالقيمة) وقد يمنع هذا بالرجوع ولو كان ما أخذه الكفار من مال المسلم مثليا كالدرهم والدنانير والحنطة والعسل والزيت ثم غنمه المسلمون بأخذه المسلم قبل القيمة بغير شيء ولا يأخذه بعدها لانه لا فائدة فيه (لان أخذه بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان) المثل (موهوبا) من الكافر للخرج له ليس فيه الا المثل وهو غير مفيد لما قلنا (وكذا اذا كان) الذي أخذه من الكفار (مشتري بمثله قدر او وصفا) ليس لصاحبه القديم أن يأخذه لانه غير مفيد وقيد بقوله قدر او وصفا فالاخذ لو اشتراه المشتري بأقل قدر منه أو بجنسه لكن أدون منه أو أحسن فان له أن يأخذه بمثل ما أعطى المشتري منهم (فرع) اختلف المولى والمشتري منهم في قدر الثمن القول قول المشتري مع عينه لانه انما يملك عليه ماله بما يقره به كالمشتري مع الشفيع اذا اختلفا في الثمن الا أن يقيم المالك البيعة أنه اشتراه بأقل فيثبت ذلك (قوله فان أسروا عبدا فاشترى رجل فأخرجه الى دار الاسلام ففقت عينه وأخذ رأسها فان المولى يأخذه بالثمن الذي أخذه من العدو ولا يأخذ الارش لان ملكه فيه صحيح) لانه أخذ بدل ملك صحيح كالمقتل العبد بخلاف المشتري شراء فاسدا على ما سنذكر (فلو أخذ) أي الارش (أخذه بمثله) دراهم أو دنانير وعلمت انه لا يفيد ولو أخذ بزيادة أو نقصان ولو كانت أمة فباعها الغانم بالف فولدت في يد المشتري وماتت فأراد المالك القديم أخذ الولد فعند أبي يوسف له ذلك بالف وعند محمد يحصنه منها وذلك بأن يقسم الالف على قيمة الام يوم القبض وقيمة الولد يوم الاخذ فاصاب كلا فهو

الملك فيه صحيح) فكان الارش حاصلا في ملكه وليس فيه الا إعادة الى قديم الملك حتى يكون المولى أحق به كالرقبة ومع هذا لو أخذ فاعا يأخذه بمثله لان الارش دراهم أو دنانير وهو لا يفيد وقوله (لان الملك فيه صحيح) احتراز عن المشتري شراء فاسدا فان الاوصاف هناك مضمونة

(قوله وليس فيه الا إعادة الى قديم الملك) أقول اذا ملك فيه قديما

(ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن) واستشكل هذا التعليق ههنا لان الاوصاف إنما يقابلها شيء من الثمن اذا لم يصير بالتناول مقصودا ألا ترى أنه لو اشترى عبدا ففقت عنه واخذ الارش ثم قصد بيعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول (٣٤٣) بخلاف ما اذا عورت وأجاب بعضهم بأنه إنما يحط في المراجعة للشبهة لانه صار كأنه

اشترى شيئين بألف ثم باع أحدهما بذلك الثمن فانه لا يجوز بيع الآخر مرابحة لما أن الشبهة ملحقه بالحقيقة في باب المراجعة فحذرنا عن شبهة الخيانة ولا كذلك ههنا لانه لا اعتبار للشبهة فيه بخلاف الشفعة فان الاوصاف يقابلها شيء من الثمن فيها حتى لو استهلك المشتري شيئا من الدار سقط حصته من الثمن لان المشتري في الذي وجبت الشفعة فيه بمنزلة شراء المشتري شراء فاسدا من حيث ان كل واحد منهما واجب الرد والاوصاف تضمن في المشتري شراء فاسدا ككافي الغصب فان من غصب جارية فذهب إحدى عينيه ضمن نصف قيمتها فان قيل شراء التاجر ههنا بمنزلة المشتري شراء فاسدا في المعنى المذكور وهو وجوب الرد أجب بأن الحاق مسئلة الشفعة بالمشتري شراء فاسدا من حيث وجوب الرد الى الشفيع ومن حيث وجوب عرض البائع الدار على الجار أولا ثم السع ان رغب عنه الجار فاذن لم يفعل ذلك صار ذلك مكرها فصار كتمكين الفساد في العقد

ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشتري شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كافي الغصب أما ههنا الملك صحيح فافترقا

حصته من الالف (ولا يحط شيء من الثمن) بما نقص من عينه (لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن) بما نقص من عين العبد والعين كالوصف لانها يحصل بها وصف الابصار وقد فانت في ملك صحيح فلا يقابلها شيء من الثمن فلا يسقط بقواتها شيء منه وانما يقابل شيء من الثمن بالوصف لانه تابع وبقواته لا يسقط شيء من الثمن ولهذا الوظهر في المبيع وصف مرغوب فيه وقد نفى عند العقد لم يكن للبائع ان يطلب شيئا بمقابلته ألا ترى أنه لو اشترى عبدا فذهب يده أو عينه قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن والعقر كالارش واستشكل بأن الوصف إنما يقابل شيء من الثمن اذا لم يصير مقصودا بالتناول أما اذا صار له حظ من الثمن كما لو اشترى عبدا ففقت عنه ثم باعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين ولو عورت في يده بألف سماوية لا يحط بل يراجع على كل الثمن وكذا في الشفعة اذا كان فوات وصف المشفوع فيه بفعل قصدي فوبل ببعض الثمن كما لو استهلك شخص بعض بناء الدار المشفوعة فانه يسقط عن الشفيع حصته ولو فوات بألف سماوية كأن جف شجر البستان ونحوه لا يقابل شيء من الثمن وبهذا أورد على اطلاق قوله بخلاف الشفعة لان ذلك في القصدي أما في غيره فالشفعة والمسئلة التي نحن فيها سواء وأجب بأن الوصف إنما يقابل بعض الثمن عند صدوره مقصودا بالتناول في الملك الفاسد وموضع وجوب اجتناب الشبهة كما ذكرت من مسئلة المراجعة لانها مبنية على الامانة دون الخيانة والشبهة حكم الحقيقة فيها والملك في الشفعة للمشتري كالفاسد من حيث وجوب نحويله اليه أما في الشراء الصحيح الذي لا يشبه الفساد فالثمن يقابل العين لا غير وقوله لان الاوصاف تضمن فيه أي في البيع الفاسد لانه كالغصب من حيث وجوب فسخ السبب فالاصل في تقوم الصفات هو الغصب وانما لزمه ذلك مراعاة لحق المالك ومبالغة في دفع الظلم والبيع الفاسد دونه في ذلك لتحقيق التراضي فيه من الجانبين غير أن الشرع أهدر تراضيهما في حق الحل وطلب رد كل منهما اليه الى الآخر وفي الكافي ولان الاخذ للمالك القديم مع ثبوت الملك الصحيح للمشتري من العدو ثبت بخلاف القياس نصا وهو قوله ان شاء أخذه بالثمن وهو اسم لكل فلا يحط عنه هذا ولو انه فقت عيناه عند الغازي المقسوم له فأخذ قيمته وسلمه للفاقي فله المالك الاول أخذه من الفاقي بقيمته أعني عند أي حنيفة وقال بقيمته سليمان وهي التي أعطاه الفاقي للمولى لهما انه فوت وصف فلا يسقط به شيء من ثمنه وله أنه طرف وهو مقصود فهو كفوات بعض الاصل فيسقط حصته من القيمة كالولد مع الام وهذا يقتض مسئلة الهداية بل الوجهه وهو الفرق أن فوات الطرف هنا بفعل الذي ملكه باختياره فكان بمنزلة ما لو اشترى سليمان قطعه طرفه باختياره فكان راضيا بتقصيصه بخلاف مسئلة الكتاب لان الفاقي غيره بغير رضاه **فرع** أسروا جارية وأحرزوها ثم ظهر المسلمون عليهم فوقع في سهم غانم فباعها بألف فولدت في يد المشتري وماتت فأراد المالك القديم أخذ الولد فعند أبي يوسف له ذلك بألف وعند محمد بحصته من الالف وذلك بأن يقسم الالف على قيمة الام يوم القبض وقيمة الولد يوم الاخذ فما أصاب كلا فهو حصته

ولا كذلك بيع الكافر من التاجر فانه لا يجب عليه العرض على المالك قبل في مسئلة الشفعة أيضا اذا كان هلاك بعض المشتري بألف سماوية لا يقابل الاوصاف شيء من الثمن فلم تكن مخالفة لمسئلة التاجر وأجب بأن مخالفة في صورة العمد فان التاجر اذا فاعين الجارية لا يلزمه حط شيء من الثمن بخلاف ما اذا استهلك المشتري بعض الاشجار في الشفعة فانه يحط حصته من الثمن

(قوله أجب بأن الحاق مسئلة الشفعة بالخ) أقول وحقيقة الفرق أن وجوب الرد في الشفعة يسري الى أول البيع بخلاف شراء التاجر فان وجوب الرد يتقرر عند طلبه (قوله فلم تكن مخالفة الخ) أقول فلا يصح قوله بخلاف الشفعة

(وان اسروا عبدا فاشتراه رجل بألف درهم فأسروه فانيأوأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف درهم فليس للولي الاول أن يأخذه من الثاني بالثمن) لان الأسر ما ورد على ملكه (وللمشتري الاول أن يأخذه من الثاني بالثمن) لان الأسر ورد على ملكه (ثم يأخذه المالك القديم بالفين ان شاء) لانه قام عليه بالثمنين فبأخذه بهما وكذا اذا كان المأسور منه الثاني غائبا ليس للاول أن يأخذه اعتبارا بحال حضرته (ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدير بنا وأمهات أولادنا ومكاتبنا وأحرارنا وعلقت عليهم جميع ذلك) لان السبب اغنايفيد الملك في محله والمحل المال المباح والحرم معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنائهم وجعلهم أرقاء ولا جناحة من هؤلاء (واذا أبق عبد لمسلم فدخل اليهم فأخذه ولم يملكوه عند أبي حنيفة وقال يملكونه) لان العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو أخذوه من دار الاسلام لم يملكوه وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط اعتباره لتحقيق يد المولى

(قوله وان اسروا) أي الكفار (عبدا) لمسلم (فاشتراه رجل) منهم (بألف درهم فأسروه فانيأوأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف فليس للولي الاول) وهو المأسور منه أولا (أن يأخذه من الثاني) وكذا لو كان الثاني غائبا كما سيذكر (لان الأسر ما ورد على ملكه) بل على الثاني فانما يثبت حق أخذه للمشتري الاول حتى لو أبق أن يأخذه لم يلزم المشتري الثاني اعطاؤه للولي الاول ولو كان المشتري الاول وهب له أخذه مولاه من الموهوب له بقيمته كالووهبه الكافر لمسلم ثم اذا أخذه المشتري الاول من المشتري الثاني بأنف فأراد المولى أن يأخذه من المشتري الاول أخذه بالثمنين لانه قام عليه بذلك وهو وان تضرر بذلك ففي مقابلة العبد الذي غرضه فيه بخلاف ما لو أخذه بألف فانه يفوت الألف الأخرى على المشتري الاول بلا عوض أصلا ~~فرع~~ لو باع المشتري من العدو والعبد من غيره أخذه المالك القديم من الثاني بالثمن الذي اشتراه به ان مثابه فبمثله أو قيميا بان كان اشتراه مقايضة بقيمة لان المشتري الثاني قائم مقام المشتري الاول وليس للقديم أن ينقض العقد الثاني بأخذه من المشتري الاول بالثمن الاول الا في رواية ابن سماعة عن محمد وظاهر الرواية الاول والوجه في المبسوط وفيه أن الكفار لو أسلموا قبل ان يبيعوه لم يكن للقديم أن يأخذه (قوله ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة) الكائنة بالأحرار بدارهم (مدير بنا وأمهات أولادنا ولا مكاتبنا ولا أحرارنا وعلقت عليهم جميع ذلك) لان السبب (وهو الاستيلاء التام) اغنايفيد الحكم (وهو الملك لما يرد عليه) في محله ومحله المال المباح والحرم المسلم معصوم بنفسه وكذا من سواه (من ذكرنا من مدير بنا ومن بعدهم) لانه تثبت الحرية فيهم من وجه مع الاسلام (بخلاف رقابهم لان الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنائهم) بالكفر (ولا جناحة من هؤلاء) ويتفرع على عدم ملكهم هؤلاء أنهم لو أسروا أم ولد لمسلم أو مكاتباً أو مديراً ثم ظهر على دارهم أخذه ماله بعد القسمة بغير شيء وبإعوض الامام من وقع في قسمه من بيت المال قيمته ولو اشترى تاجر ذلك منهم أخذه منه بغير شيء ولا عوض (قوله واذا أبق عبد لمسلم) أودى وهو مسلم (ودخل اليهم) دار الحرب (فأخذه ولم يملكوه عند أبي حنيفة وقال يملكونه) وبه قال مالك وأحمد لتحقيق الاستيلاء على مال قابل للتملك محرز بدار الحرب وبه يتم المالك لهم وهذا (لسقوط عصمته لانها لحق المالك وقد زالت) وصار كالوئدت اليهم دابة أي شردت من باب ضرب الأذن مع مدره جافند ودا كما جاء على نداء القياسي وكما لو أخذوا العبد الا ببق أو غير الا ببق من دارنا اذا أحرزوه حيث يملكونه فكذا هذا (ولا يبي خنيصة رحمه الله أن العبد ظهرت يده على نفسه) وهذا لانه أدى مكاف فله يده على نفسه ولهذا لو اشترى نفسه لغيره من مولاه لم يكن لمولاه حبسه بالثمن لانه صار مقبوضا بمجرد عقده وانما سقط اعتبار يده لتحقيق يد المولى

بالثمنين بالواثبتنا حق الأخذ الذي اشتراه من العدو أو لا تضر المالك لانه حينئذ يأخذه بالثمنين واجيب بأن رعاية حق من اشتراه من العدو أولا أولى لان حقه يعود في الألف التي نفقه هابلا عوض يقابلها والمالك القديم يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابلها وهو العبد فكان ما قلناه أولى وقوله (وكذا من سواه) أي من سوى الحر وقوله (بخلاف رقابهم) أي رقاب أحرار الكفار ومدير بهم وأمهات أولادهم وقوله (ولا جناحة من هؤلاء) أي من مدير بنا وأمهات أولادنا ومكاتبنا وأحرارنا فلا يملكهم الكفار وان استولوا عليهم واذا لم يملكهم الكفار لم يملكهم الغزاة أيضا حتى لو كان أخذهم أهل دار الحرب من دار الاسلام ثم ظهر عليهم فهم لملاكمهم قبل القسمة وبعد ما بغير شيء قال (واذا أبق عبد لمسلم فدخل اليهم) اذا أبق عبد لمسلم قالوا فبذل لمسلم لان عبد الذي كسلك (فدخل اليهم فأخذه ولم يملكوه عند أبي حنيفة) رضي الله عنه وقال يملكونه لان العصمة لحق المالك

وهو ظاهر وقوله (لان سقوط اعتباره) أي اعتبار يد العبد لتحقيق يد المولى

(قوله لان حقه يعود في الألف الخ) أقول يعني لو لم يثبت له حق الأخذ من المشتري الثاني

عليه تمكينه من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه) لانه حين دخل دار الحرب فقد زالت يد المولى عنه لا الى من يخلفه لان يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء ولم يبق ذلك الا بحالة قصير في يد نفسه وهي بد محترمة تمنع الاحراز فتمنع الملك لانه لا ملك بدون الاحراز فان قيل لانسلم انها زالت لا الى من يخلفه فان يد الكفرة قد خلفت يد المولى لان دار الحرب في أيديهم أجب بان بين الدارين حد الا يكون في يد أحد وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه ولان يد الدار بد حكيمه ويد العبد بد حقيقة فلا تندفع يد الدار اليه أشار في الاسلام وفيه نظر لان حصول اليد الحقيقية للعبد في حيز النزاع والجواب أن اليد كاذب كبرنا عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء (٣٤٤) وعند دخول العبد في دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفرة

عليه فان قيل لو حصل له يد حقيقة لعتق وليس كذلك أجب بغير الملازمة لان ظهور يده على نفسه لا يستلزم زوال ملك المولى فانه لما ظهرت يده على نفسه صار غاصبا ملك المولى وجاز أن توجد اليد بملك كما في المغصوب والمشتري قبل القبض فان الملك للمولى واليد لغيره وقوله (بخلاف المتروك) يعني في دار الاسلام لان يد المولى باقية عليه حكما لقيام يد أهل الدار فرفع ظهور يده ولهذا الووهبه لابنه الصغير كان قابضه فبقاء اليد حكما يمنع ثبوت اليد فان استولى عليه المشركون ملكوه (واذا لم يثبت الملك لهم عند أي حنيفة رضي الله عنه بأخذه المالك القديم بغير شيء اذا كان موهوبا أو مشتري) أما اذا كان موهوبا فظاهر لانه أخذه بغير عوض فلا يتضرر بالاخذ منه وأما المشتري فلا لأن المشتري قد تملكه بغير أمره فكان متبرعا حتى لو أمره بذلك

عليه تمكينه من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتروك لان يد المولى باقية عليه لقيام يد أهل الدار فرفع ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة بأخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان أو مشتري أو مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لانه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغائبين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الأبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه (وان ندب عبد اليهم فأخذه ملكوه) اتفق الاستيلاء اذ لا يدل للمجاهد على ظهوره عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا (وان اشتراه رجل وأدخله دار الاسلام فصاحبه بأخذه بالثمن ان شاء) لا ايضا (فان أبق عبد اليهم وذهب معه

عليه تمكينه من الانتفاع وقد زالت يد المولى) بمجرد دخوله دار الحرب (فظهرت يده على نفسه) سابقة على يد أهل الحرب لان أخذهم اياه لا بد أن يتراخي لحظة عن دخوله واذا سبق يده يدهم (صار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف الأبق المتروك) في دارنا اذا أخذه (لان يد المولى قائمة عليه) مادام في دار الاسلام حكما (لقيام يد أهل الدار) فيمكنه الاستعانة على وجوده فلا اقتدار باق (فرفع ظهور يده) على نفسه ولا كذلك المأذون في الدخول لان دخوله باذنه وهو على عزم العود اليه وبخلاف الدابة التي نددت فانه لا يدل لها على نفسها والضمير في قول المصنف لان سقوط اعتباره لا بد وكان الواجب أن يقول اعتبارها لان اليد مؤنثة وقد يعاد على الظهور أي سقوط اعتبار ظهوره (واذا لم يثبت لهم ملك فيه بأخذه المالك القديم بغير شيء سواء كان موهوبا) منهم للذي أخرجه الى دار الاسلام (أو مشتري) منهم (أو مغنوما قبل القسمة وبعدها) الا انه اذا أخذه بعد القسمة (يؤدي) الامام (عوضه من بيت المال) للأخذ منه (لانه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغائبين وتعذر اجتماعهم) وتفرق المال في أيديهم وأيدي غيرهم يتصرفهم وفيه ما لا يخفى من الحرج وبيت المال مدون واثب المسلمين وهذا من نوائهم ولانه لو فضل من الغنمة شيء يتعذر قسمته كالأثرة توضع في بيت المال فاذا لحق غرامة كان فيه ولا يعطى المشتري شيئا اذا كان اشتراه بغير اذن المولى فان اشتراه باذنه رجع عليه بما اشتراه به وعندهما بأخذه بالثمن في المشتري وبالقسم في الموهوب كما في المأثور غير الأبق وانما قيدنا أول المسئلة بكون العبد مسلما لانه لو ارتد فابق اليهم فأخذه ملكوه اتفاقا ولو كان كافرا من الأصل فهو ذمي تبع المولاه وفي العبد الذمي اذا أبق قولان ذكره في طريقه مجد الأئمة (قوله وليس له) أي الغازي أو التاجر (جعل الأبق) لان استحقاقه اذا أخذه ليرده فيكون عاملا له وههنا انما هو عامل لنفسه (قوله وان ندب عبد اليهم فأخذه ملكوه) وجهه ظاهر فترفع على ملكهم اياه انه (لو اشتراه رجل وأدخله دار الاسلام فانما يأخذه مالكة منه بالثمن ان شاء) (قوله فان أبق عبد اليهم وذهب معه

رجع عليه المشتري بالثمن وان كان مغنوما فكذلك اذا كان قبل القسمة وأما اذا كان بعد ما يؤدي عوضه بقر من بيت المال لان نصيبه قد استحق فله أن يرجع على شركائه في الغنمة وقد تعذر ذلك لتفرقهم وتعذر اجتماعهم فيعوض من بيت المال لان هذه من نوائب المسلمين ومال بيت المال بعد ذلك وقوله (وليس له) أي للغازي أو للتاجر (جعل الأبق) لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه (والجعل انما يجب اذا أخذه الاخذ على قصد الرد الى مالكة قوله (وان ندب اليهم بغير) ظاهر وكذلك قوله (فان أبق عبد اليهم وذهب معه

(قوله فان قبل لانسلم الى قوله وأجب بان بين الدارين حد الخ) أقول السؤال والجواب في شرح الاتفاقاني

بفرس ومتاع) واعترض بأن على قول أبي حنيفة ينبغي أن يأخذ المالك المتاع أيضا بغير شيء لأنه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال أيضا لانقطاع يد المولى عن المال لأنه في دار الحرب ويد العبد أسبق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم وأجيب بأن يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال (قوله وإذا دخل الحرب دارنا بأمان واشترى عبدا مسلما) أو ذميا أو أسلم أحد من كان معه من العبيد أجبر على بيعه من المسلمين كالذي يسلم عبده فإن قيل الذي ملتزم أحكام الاسلام فجازا جباره على بيع عبده الذي أسلم والحرب ليس كذلك أجيب بأن الامان يتأني ابقائه - ثم في ملكه لان فيه استدلالا للسلام واعطاء الامان على ترك ذلك فكان بالامان مستلزما ترك اذلال المسلمين فيلزمه ووجهه اظاهر ووجه أبي حنيفة (أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب) على الامام فان كان في دار الاسلام فبالجبر (٣٤٥) على البيع للمسلمين دون الاعتاق لان مال المستامن معصوم مادام في دار الاسلام بمقتضى الامان فاذا أدخله في دار الحرب زالت عصمة ماله فلو كان للامام ولاية عليه وجب عليه اجباره على العتق لازالة عصمة ماله فاذا لم يكن له ولاية يقيم شرط زوال عصمة المال وهو تبين الدارين مقام العلة لازالة وهي الاعتاق لأن الشرط قد يقام مقام العلة اذ لم يمكن اضافة الحكم اليها كحرف البئر على قارعة الطريق فان قيل اقامة الشرط ههنا مقام العلة يستلزم جعل الميثاق للشيء من بلاءه وهو باطل وذلك لانهم اذا استولوا على عبد مسلم بالاحراز بداهم ملكوه فكان تبين الدارين علة لثبوت الملك فيه وههنا جعله من بلاءه وفيه أيضا نقض لقاعدة مطردة وهي أن ابقائه أسهل من الابتداء فان

بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله وأخرجه الى دار الاسلام فان المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند أبي حنيفة وقالوا يأخذ العبد وماله بالثمن ان شاء) اعتبار الحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد (واذا دخل الحرب دارنا بأمان واشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة وقالوا لا يعتق) لأن الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقى في يده عبدا ولا يبي حنيفة أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب في مقام الشرط وهو تبين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصه بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله فاشترى رجل منهم ذلك كله فان المولى يأخذ العبد بغير شيء والمتاع والفرس بالثمن عند أبي حنيفة وعندهم ما يأخذ العبد أيضا بالثمن ان شاء) وهذه متفرعة على ملكهم العبد الا تبقى اليهم عنده مادونه وأورد عليه أنه ينبغي أن يأخذ الكل بلا شيء لان العبد لما ظهرت يده على نفسه ظهرت على ما في يده لانه مال مباح فتعطل ظهور ويد الكفار عليه كما منعت ظهور يدهم عليه نفسه لسبقها أجيب بان غايته أنه صار له يد بلاملك لان الرق يتأني في يده فبقى في يده كما لو كان مملوكا لا غائب فيملكه الكفار بالاستيلاء وفيه نظر لان الفرض ان سبق اليه يمنع استيلاءهم عنده فانما يملكون المال باباحته وانما يصير مباحا اذ لم يكن عليه بدلا حدودا لملكه والعبد والفرض ان هذا المال عليه بد فتدفع الاستيلاء الموجب لاجراجه عن ملك من له فيه ملك قائم وأجيب أيضا بان يده ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فاعتبرناها في حق نفسه دون المال ودفع بان استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال مباح فينبغي أن يمنع استيلاء الكفار (قوله) واذا دخل الحرب دارنا بأمان فاشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا لا يعتق لان الازالة كانت متعينة) حال كونه في دار الاسلام (بطريق معين وهو البيع) فانه اذا اشترى الكافر عبدا مسلما يجبر على اخراجه عن ملكه بالبيع فان فعل والاباءه القاضي عليه ودفع عنه اليه (وقد تعذر الجبر عليه فبقى عبدا في يده) ولان الاحراز بدار الحرب سبب لثبوت ملكهم فيما لم يكن ملكا لهم فانهم اذا أخذوا عبدا مسلما من دار الاسلام ملكوه فالتحال أن يزول ملكه الثابت له قبل الاحراز حالة الاحراز (ولا يبي حنيفة ان الجبر على البيع في دار الاسلام ما كان الا لوجوب تخليص المسلم عن اذلال الكافر) فهو الواجب بالذات اجماعا ووجوب الجبر على البيع

(٤٤ - فتح القدير رابع) هذا يفيد ابتداء الملك دون بقاءه فالجواب أن تبين الدارين مثبت للملك اذا لم يكن تابعا للملك فيما نحن فيه ثابت بالشرع دون التبيين لجعل من يلا في محل خاص تخليصا للمسلم عن ذل الكافر على أن ما جعلناه من بلاء

(قوله كالذي يسلم عبده الخ) أقول فانه يجبر على بيعه (قوله وجب عليه اجباره على العتق) أقول تخليصا للمسلم (قوله لازالة عصمة ماله) أقول الظاهر أن يقول لزوال (قوله مقام علة الازالة) أقول في النهاية مقام علة الزوال (قوله وهي الاعتاق لان الشرط قد يقام الخ) أقول فيه بحث ثم أقول قال العلامة الكاكي وفي المبسوط فان قيل بارفع الامان زال صفة الخطر لا أصل للملك لكن أباح غيره شيئا لا يزول أصل ملكه فملكه المباح في دار الحرب ابقاها ما كان من الملك له لا اثبات ملك له فيه ابتداء قلنا ما كان ملكه بعد اسلام العبد في دار الاسلام الا باعتبار الخطر فانه لو لم يكن مستأمنالكان العبد المسلم قاهرا له وكان حرا فاذا زال الخطر بزوال الامان زال أصل الملك ألا يرى أنه في دار الحرب لو قتل مولاه وأخذ ماله وخرج اليها كان حرا وكان ما خرج به من المال له اه ففي كلام الكاكي بحث

وانما جعلناه قائمه مقام المزيل (٣٤٦) لغرض صحيح فلم يكن الشئ الواحد مزيلًا غير مزيل وهو الممتنع وبقاء الشئ أسهل من

الابتداء اذ لم يعتد بالبقاء ما مزيل

سهولته وههنا بقاء المسلم في
يد الكافر صعب مزيل
سهولته وقوله (كما يقام مضي
ثلاث حبض) تمثيل للمسئلة
في قيام الشرط مقام العلة
فان انقضاء ثلاث حبض
شرط الينونة في الطلاق
الرجعي أقسم مقام علة
الينونة وهي عرض القاضي
الاسلام وتفريقه بعد الابهاء
لهجر القاضي عن حقيقة
العله فيما اذا أسلم أحد
الزوجين بدار الحرب (قوله
واذا أسلم عبد لحربي) ظاهر
وقوله (لما روى أن عبيدا من
عبيد الطائف أسلموا) روى
أن النبي صلى الله عليه وسلم
لما حاصر الطائف قال أعا
عبد نخرج اليافه وحر نخرج
سنة أعبد أو سبعة منها
فلما فكت جاء مواليمهم
وتكلموا فيهم فقال النبي
صلى الله عليه وسلم هم
عتقاء الله وقوله (ولأنه
أحرز) متصل بقوله ثم
خرج البنا وقوله (أو
بالالتحاق) متصل بقوله
أو ظهر على الدار وقبل
بقوله مرغم أي مغاضبا
ومناذالاته اذا خرج طائعا
لمولاه يباع فيه ونحوه للحربي
لأنه لم يخرج على سبيل
التغلب فصار كمال الحربي
الذي دخل به مستأمننا الى
دارنا والله أعلم بالصواب

(قوله وانما جعلناه قائما

كما يقام مضي ثلاث حبض مقام التفريق فيما اذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب (واذا أسلم عبد
لحربي ثم خرج البنا أو ظهر على الدار فهو حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم أحرار) لما
روى أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى بعقبتهم وقال
هم عتقاء الله ولأنه أحرز نفسه بالخروج اليافه وخرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى بعقبتهم وقال
واعتبار يده أولى من اعتبار يده المسلمين لأنهم أسبق ثبوتاً على نفسه فالجاجة في حقه الى زيادة ثبوت كيد
وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان أولى والله أعلم

ليتوصل اليه غير أنه تعين اخرجه بعوض يعاظم يقا حال قيام أمانه فخر زاعن الغدر بأخذ ماله ولولاه
لأعتقناه عليه فاذا زال أمانه وسقطت عصمة ماله بوجوده في دار الحرب يجب التخليص بالاعتناق عليه غير
ان اعتناق القاضي قد نعتذر بحلوله في دار الحرب اذ لا ينفذ قضاؤه على من هناك فأقيم شرط زوال عصمة
ماله وهو دخوله في دار الحرب مقام علة عتقه وهو اعتناق القاضي (كما أقيم مضي ثلاث حبض في دار الحرب
مقام تفريق القاضي) بعد عرض الاسلام على الآخر وإبائه فيما اذا أسلمت المرأة في دار الحرب بخلاف
ما اذا لم يعلم في دار الاسلام لأن للمولى حق استرداده فاذا أعتقناه على الحربي حين أحرزه أبطلنا حق
استرداد المسلم إياه الى رقه جبراف كان ذلك مانعا للقضى عنه وقول المصنف (فيما اذا أسلم أحد
الزوجين في دار الحرب) ليس بجيد لأنه لو أسلم الزوج لا يفرق وعلى هذا الخلاف اذا أسلم عبد الحربي
ولم يهرب الى دار الاسلام حتى اشتراه مسلم أو ذمى أو حربي في دار الحرب يعتق عنده خلافاً لما لان العتق
في دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص وقد عدم انزال قهره الى المشتري فصار كماله كان في يده وله أن
قهره زال حقيقة بالبيع وكان اسلامه بوجوب ازالة قهره عنه الا انه تعذر الخطاب بالازالة فأقيم ماله أثر
في زوال الملك مقام الازالة وهو البيع (قوله واذا أسلم عبد لحربي ثم خرج البنا أو) أسلم ولم يخرج حتى
(ظهر على الدار فهو حر وكذلك اذا خرج عبيد الى عسكر المسلمين) مسلمين ولا يعلم فيه خلاف بين أهل العلم
(لما روى) أبو داود ومسندا الى علي قال خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل
الصلح فكتبوا اليهم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا يا محمد ما نخرجوا رغبة في دينك وانما نخرجوا
هرباً من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله رددهم عليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه فقال
هم عتقاء الله وفيه أحاديث قدمناها ومنها اسلام عبيد الطائف ومنهم أبو بكره والمنبعت تقدم في كتاب
العتق فلم يرجع اليها فهذا دليل عتقهم اذا خرجوا مسلمين وأما عتقهم اذا ظهرنا على الدار بعد اسلامهم
فلا لأنه لما التحق بمنعة المسلمين صار كأنه خرج اليهم في انه امتنع بهم وقوله (واعتبار يده الخ) جواب عن
مقدره هو أنه لم يعتق بمجرد اسلامه في دار الحرب اتفاقاً وانما الخلاف فيما اذا عرضه للبيع فباعه فقد وردت
بد الغائين على مال مباح لان الاسلام لا ينافي استرقاقهم أجاب بان للعبيد على نفسه على ما تقدم وانما
لم تظهر لحق المولى ليتمكن من الانتفاع ثم هي أسبق من بد المسلمين أما في المولى الكافر فيستحق الحكم
بعتقه فخلص المسلم من اذلال الكافر لان مجرد أصل البد لا يكتفي ما لم يتأكد اذ لا قدر بدونه فكانت منعة
الغائين هي المؤكدة لها فيعتق هذا ولو أسلم العبد ولم يخرج البنا ولم يظهر على الدار فهو رقيق الى أن
يشتره مسلم أو ذمى فيعتق قال في شرح الطحاوي بعد قوله ولا يثبت ولاه أي لا يثبت ولاه للعبد الخارج
اليافه مسلماً الاحد لان هذا اعتق حكى وان لم يخرج البنا ولم يظهر على الدار لم يعتق الا اذا عرضه المولى على
البيع من مسلم أو كافر فيعتق العبد قبل المشتري البيع أولم يقبل لان العبد استحق حق الاعتناق
بالاسلام لكننا نحتاج الى سبب آخر ليزول به ملكه عنه ولما عرضه فقد رضى بزوال ملكه وفيه المراجعة
يختره عمله يخرج باذن مولاه أو بأمره لحاجته فانه اذا خرج كذلك فأسلم في دارنا حكمه أن يبيعه الامام
ويحفظ نمته ولولا الحربي لانه لما دخل بأمان صارت رقبته داخله فيه كما لو دخل سيده به وبمعامته من

باب المستامن

(وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجراً فلا يحمل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ولا من دماءهم) لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستثمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرًا والغدر حرام

المال **فروع** ولو جنى عبداً جناية خطأ أو أفسد متاعاً فزمت به دينه ثم أسره العدو ثم أسلموا عليه فهو لهم أقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم على مال فهو له ثم تبطل الجناية دون الدين لأن حق ولي الجناية في الرقبة ولا تبقى بعد زوال ملك المولى حتى لو زال ملكه بالبيع والهبة لا يبقى فيه حق ولي الجناية وأما الدين ففي ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كما لا يبطل ببيعه ولو اشتراه رجل أو أصابه المسلمون في الغنمة فأخذ المولى فكل من الجناية والدين عليه لأنه يعيده إلى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتاً في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عدل لم تبطل عنه بحال لأن المستحق به نفسه فلا تبطل بزوال ملك المولى كما لو أعنته أو باعه بعد لزوم القصاص ولو وقع العبد المأسور في سهم رجل أو اشتراه فأعتقه قبل أن يحضر المولى نفذ ولا سبيل عليه للمولى القديم لأنه لم يبق قابلاً للنقل من ملك إلى ملك ولأن ولده لزم للعتق على وجه لا سبيل إلى إبطاله ولو كانت أمة فتزوجها وولدت من الزوج بلا عتق للقديم أن يأخذها وولدها لأنها بالولادة من الزوج لم تخرج عن كونها قابلاً للنقل والولد جزء من عينها فثبت له حق الأخذ بخلاف حق الواهب في الرجوع لا يثبت في الولد لأنه حق ضعيف في العين ألا ترى أنه لا يبقى بعد تصرف الموهوب له والحق الضعيف لا يعدو محله والولد وإن كان جزءاً في المال هو محل آخر بخلاف حق المولى فإنه قوي لا يبطل ببيعه أو هبته فيسرى إلى الولد وليس له فسخ النكاح لأنه يتمكن من الأخذ بلفسخ والنكاح ألزم من سائر التصرفات فلا يتمكن من نقضه ولا سبيل للمولى على ما أخذ من عقرها وأرض جناية عليها ولو لم يزوجه المشتري فله وطؤها قبل أن يأخذها المولى وثبوت حق أخذه لا يمنع وطء المالك ولو أسروا جارية من هونة بألف وهي قيمتها واشتروا رجل بألف أخذها مولاها الراهن بها ولم تبقى رهناً لأنها تامة في حق المرتهن فهو كالجدة لملكها فلا يأخذها المرتهن إلا أن يرد على الراهن الألف وإن كان الثمن أقل من الألف كان للمرتهن أن يؤدي ذلك الثمن فتكون رهناً عنده لأنه مفيد ولو أسلم على ما أخذه من مال المسلمين لا سبيل عليه للمالك القديم وكذا إذا صار ذمياً وكذا إذا باعه من حرب آخر ولو خرج إلى أمان ومعه ذلك المال لا سبيل عليه إلا أنه إذا كان عبداً يجبر على بيعه من المسلمين لأنه عبد مسلم ولا يمكن الحربى من إعادته إلى دار الحرب وإذلاله ولو أسروا جارية وديعة عند رجل أو غارية أو أجرة فحق الأخذ إذا أخرجت بشراء أو غنمة للمالكها لأن ثبوت حق الاسترداد للمالك لا يبدل بخلاف الغاصب من المودع ومن ذكرنا لكل من هؤلاء الاسترداد منه لأن كلامهم قائم مقام المالك في حفظه ولم ير ملك المالك بالغصب بخلاف الأحرار بدار الحرب ولو كانت متزوجة لا يبطل النكاح لأن غاية أحرارها وجب أن يملكوها ونقل الملك لا يبطل النكاح كالبيع والتبائن القاطع لهما هو تبائن حقيقة وحكما والمسئلة في دار الإسلام حكما وإن كانت في دار الحرب حقيقة

باب المستامن

آخره عن الاستيلاء لأن الاستيلاء بالقهر يكون والاستثمان بعد القهر فأورده كذلك وتقديم استثمان المسلم على الكافر ظاهر (قوله وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجراً فلا يحمل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ودمائهم لأنه) بالاستثمان (ضمن) لهم (أن لا يتعرض لهم) فأخلافه غدر (والغدر حرام) بالاجماع وفي سنن أبي داود عنه عليه الصلاة والسلام أن الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال هذه غدره فلان وتقديم قوله عليه الصلاة والسلام لأمراء الجيوش والسرايا لا تغلوا ولا تغدروا في وصيته لهم ولهذا قلنا أقبالوا

باب المستامن

لما فرغ من بيان الاستيلاء الذي هو عبارة عن الاقتدار على المحل قهراً وغلبة شرع في بيان الاستثمان لأن طلب الأمان إنما يكون حيث يكون فيه قهر وغلبة وقدم استثمان المسلم تعظيماً له وكلامه واضح (قوله والغدر حرام) دليله قوله صلى الله عليه وسلم لأصحاب السرايا ولا تغدروا

باب المستامن

وقوله (بخلاف الاسير)
يعني أن الغدر ليس بمحرم
عليه فان الاسراء اذا
تمكنوا من قتل قوم من
أهل الحرب غيلة وأخذ
أموالهم وفعلوا ذلك
وخرجوا الى دار الاسلام
ولامنة اهلهم فكل من أخذ
شيأ فهو له خاصة (فيباح
لهم التعرض وان أطلقوهم
طوعا) لانه لم يستأمن
صريحاً حتى يكون غادراً
بأخذ أموالهم (قوله
ملككم ملكاً محظوراً) أي
خبثاً حتى لو كانت جارية
كره للمشتري أن يطاها لانه
قام مقام البائع ووطؤها
للبائع كان مكروهاً فكذا
المشتري (قوله وهذا) إشارة
الى قوله ملككم ملكاً محظوراً
يعني أن مال أهل الحرب
مباح في نفسه والخطر لمعنى
في غيره وهو الايمان فلا يمنع
انعقاد سبب الملك وهو
الاستيلاء (على ما بيناه)
يعني في أوائل باب استيلاء
الكفار بقوله والخطور
لغيره اذا صلح سبب الكرامة
تفوق الملك الخ

الا اذا غدر بهم ملكهم فأخذ أموالهم أو حبسهم أو فعل غيرهم بعلم الملك ولم يمنعهم من ذلك نقضوا
العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض وان أطلقوه طوعاً (فان غدر بهم) أعني التاجر
(فأخذ شيئاً وخرج به ملكه ملكاً محظوراً) لورود الاستيلاء على مال مباح الا أنه حصل بسبب الغدر
فأوجب ذلك خبثاً فيه (فيؤمر بالتصدق به) وهذا لأن الخطر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه
اقتلت طائفتان من أهل الحرب في دارنا وبيننا وبين كل منهم موادعه ليس لنا أن نشترى من الطائفة
الغالبية شيئاً من الاموال التي غنموها لانهم لم يملكوها لعدم الاحراز بالحرب فكان شراً وان غدرنا
بخلاف مالوا فقتلوا في دار الحرب فانه يحل لنا الشراء والشرط الاحراز بدار الحرب لا بدارهم بخصوصها
ولو كانوا اقتتلوا في دار الحرب فأقول يشترط أن يحرزها الغالبون بدارهم ان كانوا لا يدينون أن من قهر
آخر في نفسه أو ماله ملكه وان كانوا يدينون فلا فانهم قالوا ودخل مسلم دار الحرب بأمان فجاء رجل بأمة
أو ابنه أو أم ولدته ونحو ذلك لبيعه منه فأكثر المشايخ على منعه وقال الكرخي ان كانوا يدينون ذلك
جاز شراؤه منهم والعامية يقولون ان كانوا يدينون أن من قهر آخر ملكه فهو اذا ملك هؤلاء يعتقون عليه
فيصرون أحراراً فيمتنع بيعهم ولو جاء بيع بعض احرارهم قالوا ان كانوا يدينون أن من قهر شخصاً ملكه جاز
شراؤه منه واللامع أن هذا ليس فيه احراز بدار أخرى غير دار المهور وقوله (الا اذا غدر بهم ملكهم
فأخذ أموالهم الخ) استثناء من قوله لا يحل أن يتعرض لشيء من أموالهم ودماهم وكذا قوله بخلاف
الاسير المسلم أيضاً (لانه غير مستأمن) وقد صرح به حيث قال (فيباح له التعرض وان أطلقوه) وتركوه في
دارهم (طوعاً) أو اعتقوه لانه لم يستأمن وعقدهم لا عبرة به لانهم لم يملكوه فله أن يقتل من قدر عليه
سيده أو غيره وبأخذ ماله ويملكه ملكاً لا خبث فيه (فان غدر بهم) التاجر (فأخذ شيئاً وأخرجه الى دار
الاسلام ملكاً محظوراً لعدم ورود الاستيلاء على مال مباح) عند عدم الاحراز لانه بسبب
محرم فأورث خبثاً فيه فيجب التصديق به كالكالمغصوب عند الضمان وانما يملكه مع حرمة مباشرة
بسبب الملك (لان الخطر لغيره لا يمنع انعقاد سبب الملك) كما في البيع الفاسد وقوله (على ما بيناه) يريد
ما تقدم من قوله المحظور لغيره اذا صلح سبب الكرامة تفوق الملك الخ وسبيل ما يملك بطريق محرم التصديق
به حتى لو كان المأخوذ غدر جارية لا يحل له ووطؤها ولا للمشتري منه بخلاف المشتراة شراء فاسداً فان
حرمة وطئها على المشتري خاصة وتحل للمشتري منه لان المنع فيه لثبوت حق البائع في الاسترداد
وبيع المشتري انقطع حقه ذلك لانه باع بيعاً صحيحاً فلم يثبت له حق الاسترداد وهذا الكرامة للغدر
والمشتري الثاني كالاول فيه أما لو سبي قوم أهل الدار التي هو فيها جاز له أن يشتريهم من السابي لانهم
ملكوهم بالاحراز وهم كانوا على أصل الاباحة في حقه وانما منعه الغدر وليس ذلك غدرًا بل هو فرع
نفس من المبسوط لو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الدار التي فيهم المسلم المستأمن لا يحل
له قتال هؤلاء الكفار الا إن خاف على نفسه لان القتال لما كان تعريضاً لنفسه على الهلاك لا يحل الا
لذلك أو لاعتلاء كلمة الله وهو اذا لم يخف على نفسه ليس قتاله هؤلاء الاعلاء للكفر ولو أغار أهل
الحرب الذين فيهم مسلمون مستأمنون على طائفة من المسلمين فأسروا ذراريهم فروا بهم على
أولئك المستأمنين وجب عليهم أن ينقضوا عهودهم ويقاتلوهم اذا كانوا يقدرون عليه لانهم
لا يملكون رقابهم فتقريرهم في أيديهم تقرير على الظلم ولم يضمنوا ذلك لهم بخلاف الاموال لانهم
ملكوها بالاحراز وقد ضمنوا الهدم أن لا يتعرضوا لأموالهم وكذا لو كان المأخوذون ذراري الخوارج
لانهم مسلمون ومن فروعه لو تزوج في دار الحرب منهم ثم أخرجها الى دار الاسلام قهراماً لم يفسخ
النكاح ويصح بيعه فيها وان طأعته فخرجت طوعاً معه لا يصح بيعها لانه لم يملكها واعلم أنهم أخذوا
في تصويرها ما اذا أضر في نفسه أنه يخرجها لبيعهها ولا بد منه فانه لو أخرجها كرها لالهذا الغرض بل

(واذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي) أي باع بالدين فإن الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتاع بالدين (قوله ولا ولاية وقت الادانة أصلاً) أي لا على المسلم ولا على الحربي (ولا وقت القضاء على المستأمن) وهو ظاهر وإذا لم (٣٤٩) يقض على الحربي لم يقض على المسلم

أيضا تحقيقاً للتسوية بينهما وقوله (وأما الغصب فلا نه صار ملكاً للذي غصبه) أي سواء كان الغاصب كافراً في دار الحرب أو مسلماً مستأمناً فيها لأن مال كل واحد منهما ما كان مباحاً وقت الغصب في حقه فلكه بالغصب إلا أن الغاصب أن كان هو المسلم يفتي برد المغصوب على المالك ولا يقضى عليه لأنه لما دخل دارهم بأمان التزم أن لا يغدر بهم وفي أخذ أموالهم على هذا الوجه غدر وقوله (على ما بيننا) يعني فيما تقدم وأما غصب الكافر فقد ذكر في مسألة الاستيلاء بقوله أن الاستيلاء ورد على مال مباح وأما غصب المسلم فقد ذكره فيما إذا دخل واحد أو اثنان مغيرين بغير أذن الإمام فأخذوا شيئاً فانهم يملكونه وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله من قبل أن القضاء يعتمد الولاية الخ وقوله (ولو خرج مسلمين) ظاهر وقوله (فغصب حريباً) أي غصب شيئاً من حربي وليس هذا منحصراً في خروجهما مسلمين بل لو خرج المسلم الغاصب والحربي مستأمناً فالحكم كذلك

قال المصنف (فأدانه حربي

(واذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حريباً أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج البنا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما ما على صاحبه بشئ) أما الادانة فلا أن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة أصلاً ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم ذلك في المستقبل وأما الغصب فلا نه صار ملكاً للذي غصبه واستولى عليه ما صادفته ما لا غير معصوم على ما بيننا وكذلك لو كانا حريين فعلاً ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا (ولو خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما ما ولم يقض بالغصب) أما المدائنة فلا نه وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لا التزامهما بالأحكام بالإسلام وأما الغصب فلما بيننا أنه ملكه ولا خيف في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد (واذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حريباً ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه) أما عدم القضاء فلما بيننا أنه ملكه وأما الأمر بالرد ومراعاة الفتوى به فلا نه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد

لا اعتقاده أن له أن يذهب بزوجه حيث شاء إذا أوفاهما بمجمل مهرها ينبغي أن لا يملكها (قوله وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حريباً أو غصب أحدهما صاحبه) مالا (ثم خرج المسلم) (البنا واستأمن الحربي) نخرج أيضاً مستأمناً (لم يقض لواحد منهما ما على صاحبه بشئ) أما الادانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة) على واحد منهما (ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم أحكام الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم في المستقبل) ولكن يفتي بأنه يجب عليه القضاء فيما بينه وبين الله تعالى وهذا قاصر كما ترى لا يشمل وجه عدم القضاء على المسلم ولذا قال أبو يوسف يقضى على المسلم وعموم عدم القضاء كما في الهداية قول أبي حنيفة ومحمد واستشكل قولهما بأن المسلم ملتزم أحكام الإسلام مطلقاً وصار كما لو خرجا مسلمين وكون أبي حنيفة اعتبر ديانة كل منهما عند القضاء هو أيضاً ما يحتاج إلى موجب وأجاب في الكافي بأن ذلك للتسوية بين الخصمين ولا يخفى ضعفه فإن وجوب التسوية بينهما ليس في أن يبطل حق أحدهما بل ما موجب لوجوب إبطال حق الآخر بموجب بل إنما ذلك في الإقبال والاقامة والاحلاس ونحو ذلك والادانة البيع بالدين والاستدانة الابتاع بالدين (وأما) أنه لا يقضى بالغصب لملك منهما (فلأنه صار ملكاً للذي غصبه) سواء كان الغاصب كافراً في دار الحرب أو مسلماً مستأمناً (على ما بيننا) أي في باب استيلاء الكفار من أن الاستيلاء ورد على مال مباح لأن الفرض أن كلا منهما ما خرج إلى دار الإسلام وفي غصب المسلم إذا دخل واحد أو اثنان مغيرين دار الحرب الخ إلا أن المسلم المستأمن الغاصب لمال الحربي يؤمر بالرد افتاء لا قضاء لترفع معصية الغدر وفي كلام المصنف إشارة إليه كما ترى (وكذا لو كانا حريين فعلاً ذلك) أي أدان أحدهما صاحبه أو غصبه (ثم خرجا) البنا (مستأمنين لما قلنا) فان خرجا مسلمين (وقد أدان أحدهما الآخر أو غصبه) يقضى بالدين بينهما خاصة دون الغصب (أما القضاء بالمدائنة) أي بالدين (فلانها) حين وقعت (وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لا اعتبارهما بأحكام الإسلام) ولا ترجيح لأحدهما على الآخر إذ لم يقض لأحدهما دون الآخر بل سؤي بينهما وعلى قول أبي يوسف لا يحتاج إلى هذه العلاوة إذ يقضى للعربي على المسلم على قوله كما ذكرنا آنفاً (وأما الغصب) فأنما لا يقضى به لانه لا يملكه (ولا خيف في ملك الحربي ليؤمر بالرد) وفيه إشارة إلى ما قدمنا ذكرها (قوله وإذا دخل المسلم فغصب حريباً ثم خرجا مسلمين الخ) عرف أحكامهما مما تقدم

الخ) أقول وفي المصادر الادانة وامدادن اه وفي النهاية الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتاع بالدين وقولهم أدان بالتشديد من باب الافتعال أي قبل الدين اه (قوله وأما غصب الكافر إلى قوله فانهم يملكونه) أقول وكذا في النهاية وفيه بحث قال المصنف (واذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حريباً) أقول أي مال حربي على حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه

(واذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ) أما الكفارة فلا تطلق الكتاب وأما الدية فلا لأن العصمة النابتة بالأحرار بدار الإسلام لا تبطل بعرض الدخول بالأمان وإنما لا يجب القصاص لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعنه ولا منعه دون الإمام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وإنما يجب الدية في ماله في العمد لأن العواقب لا تعقل العمد وفي الخطأ لأنه لا قدره لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها (وان كانا أسيرين فقتل أحدهما صاحبه) أو قتل مسلم تاجر أسيرا (فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة)

(قوله) وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل عمدا الدية في ماله ولا كفارة عليه (وعلى القاتل خطأ الدية في ماله) أيضا (وعليه الكفارة) هكذا في عامة النسخ من شروح الجامع الصغير بلا ذكر خلاف وذكر قاضيان في الجامع الصغير أن هذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد عليه القصاص في العمد كقول الشافعي ومالك وأحمد لأنه قتل شخصاً معصوماً بالإسلام عدواً وناوظماً وذلك موجب للقصاص وكونه في دار الحرب لا أثر له في سقوط ذلك عند الله تعالى ولا في حنيفة أنه مكثر سوادهم من وجه ولو كثرة من كل وجه بأن كان منوطاً هناك لا يكون معصوماً فإذا كان مكثراً من وجه تمكنت الشبهة في قيام العصمة فلا يجب القصاص وذكر شمس الأئمة القصاص في العمد عن أبي يوسف من رواية الأملاء لأن المسلم حيث كان هو من أهل دار الإسلام لا ينتقض أحراره نفسه بذلك والقصاص حق للولي ينفردياً باستيفائه من غير حاجة إلى ولاية الإمام ووجه الظاهر يندرج فيما سئل من قال المصنف (أما الكفارة) يعني في الخطأ (فلا تطلق الكتاب) يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتمن برقبة (و) جوب الدية (لأن العصمة النابتة بالأحرار بدار الإسلام لا تبطل بعرض الدخول) إلى دار الحرب (بالأمان وإنما لا يجب القصاص) في العمد لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعنه ولا منعه دون الإمام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب (فلا فائدة في الوجوب) وإذا سقط القصاص وجبت الدية لأنه بسقوطه بعرض مقارن للقتل ينقلب كقتل الرجل ابنه ولا يخفى أن المراد أنه ليس على الإمام أقامته إذا طلب الولي تمكينه منه ولا يحل لولي المقتول قتل القاتل إذا قدر عليه لأن القتل لم ينفذ سبباً وجباً للقصاص وهو مشكل لأن كون الولاية قاصرة وقت السبب لا تمنع من القضاء عند الطلب إذا كانت ثابتة عنده كما لو رفع إلى قاضٍ مطالبة بمن مبيع صدر البيع فيه قبل ولاية القاضي فإن ولايته منعدمة عند السبب وعليه أن يقضى بالثمن عند المرافعة لأن العصمة المؤقتة بالإسلام قائمة والقتل العمد العدوان ثابت وهو السبب والمنازع وهو استيفاء الإمام منتف لما ذكر عن أبي يوسف أن الأقامة ينفرديها الولي فمنعه منه خلاف الدليل فالأقرب ما تقدم من نبوت الشبهة المسقطة للقصاص بتكثير سوادهم من وجه على ما فيه إذ تمنع كون ذلك شبهة توجب السقوط أو أن دار الحرب دار أباحة فالكون فيها شبهة درائة وقد يقال إن قلتم إن دار أباحة للقتل مطلقاً فمنوع أو قتل الكافر فيه فلا يفيد ويجب أن كونها دار أباحة في الجملة كافٍ ألا ترى أن من قتل رجلاً قاله اقتلني لأقصاص عليه مع أن أباحة الشرع قتله لم تحصل بقوله ذلك بل أباحة من جهته وقد جعل ذلك مانعاً إلا أن تمنع عدم القصاص في قوله اقتلني فإن قيل ماذا كررتم مخالف لطلاق قوله تعالى كتب عليكم القصاص والنفس بالنفس فالجواب أنه عام مخصوص بالقتل خطأ فإنه قتل وليس يجب فيه قصاص ونحو ذلك فجاء تخصيصه بالمعنى أيضاً قال (وإنما يجب الدية في ماله في العمد لأن العواقب لا تعقل العمد وفي الخطأ) وإنما يجب أيضاً في ماله لأن وجوبها على المأقولة بتركهم وتقصيرهم في حفظ القاتل ومنعه من ذلك ولا نقصير منهم في ذلك أنا كان في دار الحرب (قوله وان كانا) أي المسلمان (أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجر أسيراً فلا شيء على القاتل) من أحكام الدنيا (إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة) وإنما

وقوله (فعلى القاتل الدية في ماله) يعني في العمد والخطأ هكذا ذكره من غير خلاف في عامة النسخ وذكر الإمام قاضيان أن هذا الحكم قول أبي حنيفة رضي الله عنه ثم قال وقال أبو يوسف ومحمد عليه القصاص في العمد لأنه قتل شخصاً معصوماً ليس من أهل دار الحرب فيجب بقتله ما يجب به في دار الإسلام ولا في حنيفة رضي الله عنه أن تكثير سوادهم من كل وجه بمنوطه فيهم كان يسقط العصمة فتكثيره من وجه يورث الشبهة فيسقط القصاص وقوله (أما الكفارة فلا تطلق الكتاب) يعني قوله تعالى فمن قتل مؤمناً خطأ فتمن برقبة (وأما الدية فلا لأن العصمة النابتة بالأحرار بدار الإسلام لا تبطل بعرض الدخول بالأمان) لأنه لما كان على قصد الرجوع كان كاته في دار الإسلام تقدراً حتى إن المستأن من منهم لما كان على قصد الرجوع كان في دار الحرب حتى لا يقتل الذي به وكان القياس وجوب القصاص إلا أنه لم يجب لما ذكر في الكتاب وهو واضح

وقوله (على ما بينا) إشارة إلى أن العصمة الثابتة بالأحرار بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لان العواقل لا تعقل العمد وقوله (ولاي خنيقة رضي الله عنه أن بالاسر صار تبعاً لهم) يعني وأهل الحرب أصول والأصول غير معصومين فكذلك الاتباع (قوله ولهذا) توضيح للتبعية وقوله (٣٥١) (فيبطل به الأحرار أصلاً) أي يبطل الأحرار

بالعصمة المقومة بالكلية (وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا) بجامع تبعية أهل الدار بالتوطن فلم تجب الدية لأنهم أمينة على تلك العصمة بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤتممة وهي بالإسلام

فصل (٣٥٢) فصل هذه المسائل عما قبلها الاختلاف أحكامها وكلامه ظاهر والعين هو الجاسوس والعون الظهير على الأمر والجمع الاعوان والميرة الطعام يتاراه الإنسان من مار عبر والجلب والاجلاب الذين يجلبون الابل والغنم للبيع وقوله (بعد تقدم الامام) يقال تقدم اليه الامير بكذا أوفى كذا إذا أمره به

فصل (٣٥٣) واذا دخل الحرب الخ (قال المصنف) (وانا دخل الحربى البنامستأمننا لم يمكن أن يقسم في دارنا سنة) أقول قال العلامة الكاكي في فتاوى العتاي لو أقام سنين من غير أن يتقدم اليه الامام فله ان يرجع اه وفي النهاية لفظ المبسوط يدل على أن تقدم الامام ليس بشرط

لصيرورة الحربى المستأمن ذمياً عند أقامته تمام السنة في دار الإسلام بل بصير ذمياً إذا أقام سنة فيها وان لم يتقدم اليه الامام بقوله ان أقت تمام السنة وضعت عليك الجزية اه وقول المصنف (لأنما أقام سنة بعد تقدم الامام الخ) يشير إلى اشتراط التقدم فلعل فيه روايتين فليست بر (قوله والجلب والاجلاب الخ) أقول الجلب فعل بمعنى مفعول صرح به نقلة اللغة وما ذكره الشارح مع أنه خلاف المتقول لا يناسب للمرة

وقال في الأسيرين الدية في الخطا والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستثمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة ويجب الدية في ماله لما قلنا ولا يخيصة أن بالاسر صار تبعاً لهم أصبر ورته مقهوراً في أيديهم وهذا يصير مقبياً بأقامتهم ومسافراً بسفرهم فيبطل به الأحرار أصلاً وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا وخص الخطأ بالكفارة لأنه لا كفارة في العمد عندنا

فصل (٣٥٤) قال (واذا دخل الحربى البنامستأمننا لم يمكن أن يقسم في دارنا سنة ويقول له الامام ان أقت تمام السنة وضعت عليك الجزية) والأصل أن الحربى لا يمكن من إقامة دائمة في دارنا إلا بالاسترقاق أو الجزية لأنه يصير عينا لهم وعونا علينا فلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الإقامة البسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهم بالسنة لانهم أمة تجب فيها الجزية فتكون الإقامة لمصلحة الجزية ثم ان يرجع بعد مدة إلى الامام قبل تمام السنة إلى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمى لانه لما أقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار مائزاً للجزية فيصير ذمياً

عليه عقاب الآخرة في العمد (وقال في الأسيرين الدية في الخطا والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بالاستثمان على ما بيناه) يعني من قوله لأن العصمة الثابتة بالأحرار بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان فكان الأسيران كالمستأمنين (و) أما امتناع القصاص فلعدم المنعة كما ذكرنا (وتجب الدية في ماله لما قلنا) أن العواقل لا تعقل العمد هذا وقياس ما نقل فاضحاً عنهما في المسلمين المستأمنين من وجوب القصاص في العمد أن يقولوا به في الأسيرين لان الوجه بينهما (ولاي خنيقة) وهو الفرق بين الأسيرين والمستأمنين (أن بالاسر صار تبعاً لهم أصبر ورته مقهوراً في أيديهم - حتى يصير مقبياً بأقامتهم ومسافراً بسفرهم فيبطل به الأحرار أصلاً) لأن الأصل غير معصوم فكذلك تبعه (وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا) في سقوط عصمته الذنبية بجامع كون كل منهما مقهوراً في أيديهم (و) انما (خص الكفارة بالخطا لأنه لا كفارة في العمد عندنا) كما يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى هذا والا قرب أن يجري فيه ما حديث الشبهة كما تقدم على ما فيه

(فصل) (قوله) واذا دخل الحربى البنامستأمننا لم يمكن أن يقسم في دارنا سنة) ثم يرجع (بل يقول له الامام ان أقت تمام السنة وضعت عليك الجزية وأصل هذا أن الحربى لا يمكن من إقامة دائمة في دارنا إلا بالاسترقاق أو بالجزية لأنه يصير عينا لهم) أي جاسوساً (وعونا علينا فلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الإقامة البسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب) وهو ما يجلب من حيوان وغيره (ففصلنا بين الدائمة والبسيرة بسنة لانهم أمة تجب فيها الجزية فان رجع قبلها فلا سبيل عليه وان أقامها بعد تقدم الامام اليه) أي قوله ما يعتمد في ضرب الجزية عليه (صار ذمياً) فلا يمكن بعدها من العود إلى داره (لان عقد الذمة لا ينقض اذ فيه قطع الجزية وتقصير وولده حرباً علينا وفيه مضرة بالمسلمين) ولا يؤخذ منه جزية للسنة التي أقامها الا ان قال له ان أقت أخذت منك الجزية وقوله بعد تقدم الامام في اشتراط تقدم الامام اليه في منعه من العود اذا أقام سنة وبه صرح العتاي فقال لو أقام سنين من غير أن يتقدم اليه الامام فله الرجوع قبل ولفظ المبسوط يدل على أن تقدم الامام ليس شرطاً لصيرورة ذمياً فانه قال ينبغي للامام ان يتقدم اليه فيما مره إلى أن قال وان لم يقدر له مدة فالمعتبر بالحوال وليس باللازم

لصيرورة الحربى المستأمن ذمياً عند أقامته تمام السنة في دار الإسلام بل بصير ذمياً إذا أقام سنة فيها وان لم يتقدم اليه الامام بقوله ان أقت تمام السنة وضعت عليك الجزية اه وقول المصنف (لأنما أقام سنة بعد تقدم الامام الخ) يشير إلى اشتراط التقدم فلعل فيه روايتين فليست بر (قوله والجلب والاجلاب الخ) أقول الجلب فعل بمعنى مفعول صرح به نقلة اللغة وما ذكره الشارح مع أنه خلاف المتقول لا يناسب للمرة

وقوله (وللامام أن يؤقت في ذلك مادون السنة) يعني أن تقدير الحول ليس يلزم بل لو قدر الامام أقل من ذلك على حسب ما يراه جاز لكن إن لم يقدّر له مدة فالمعتبر هو الحول (فإذا أقام بعد ذلك في دارنا بصير ذميا) قال الامام فاضحان فإذا مضت سنة بعد مضي المدة المضروبة كان عليه الخراج لانه انما يصير ذميا بمجاوزة المدة المضروبة فيعتبر الحول بعد ما صار ذميا الا أن يكون شرط عليه أنه إذا جاوز السنة يأخذ الخراج حينئذ (٣٥٢) يأخذ منه وقوله (لما قلنا) إشارة الى قوله لانه لما أقام سنة بعد تقدم الامام

صار ملتزما للجزية وقوله (فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي) قال في النهاية وكذلك لو لم يدر في قياس قول محمد بن أبي بشر في أرضا عشرة لانها جميعا من مؤن الأرض (لان خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس) اذ كل واحد منهما من أحكام دارنا فلما رضى بوجوب الخراج عليه رضى أن يكون من أهل دارنا وقوله (فتعتبر المدة من وقت وجوبه) أي وجوب الخراج (وقوله في الكتاب) أي في الجامع الصغير (فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي نصريح من محمد بشرط الوضع) أي بأن وضع الخراج عليه شرط في جعله ذميا والمراد من وضع الخراج التزام خراج أرض بمباشرة سببه وهو الزراعة أو تعطيلها عنها مع التمكن ودلت المسئلة على أنه لا يصير ذميا بمجرد الشراء ومن المشايخ من قال بصير ذميا بنفس الشراء لانه لما اشترى أرض خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزما بحكم من

والامام أن يؤقت في ذلك مادون السنة كالشهر والشهرين (وإذا أقامها بعد مضي المدة قال الامام بصير ذميا) لما قلنا (ثم لا يترك أن يرجع الى دار الحرب) لان عقد الذمة لا ينفذ كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا عليه وان فيه مضرة بالمسلمين (فان دخل الحربى دارنا بأمان واشترى أرض خراج فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي) لان خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس فإذا التزمه صار ملتزما بالمقام في دارنا أما مجرد الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشترى بالتجارة وإذا التزمه خراج الأرض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي نصريح بشرط الوضع فيخرج عليه أحكام جنة فلا تغفل عنه

لانه يصدق بقوله ان أفت طويلا منعك من العود فان أقام سنة منه وفي هذا الشرط التقدم غير أنه لم يؤقت له مدة خاصة والوجه أن لا يمنعه حتى يتقدم اليه ولا أن يؤقت مدة قليلة كالشهر والشهرين ولا ينبغي أن يلحقه عسر اية قصير المدة جدا خصوصا إذا كان له معاملات يحتاج في اقتضاها الى مدة مديدة (فروع) لو مات المستامن في دار الاسلام عن مال وورثته في دار الحرب وقف ماله لورثته فإذا قدموا فلا بد أن يقيموا البيئة على ذلك فيأخذوا فان أقاموا بيئة من أهل الذمة قبلت استحسانا لانهم لا يمكنهم اقامتهم من المسلمين لان أنسابهم في دار الحرب لا يعرفها المسلمون فصار كشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فإذا قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم دفع اليهم المال وأخذ منهم كفيلا لما يظهر في المال من ذلك قيل هو قولهما لا قول أبي حنيفة كما في المسلمين وقيل بل هو قولهم جميعا ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت انه كتابه وإذا رجع الى دار الحرب لا يمكن أن يرجع معه بسلاح اشتراه من دار الاسلام بل بالذي دخل به فان باع سيفه واشترى به قوسا أو نشابا أو رمحا لا يمكن منه وكذا لو اشترى سيفاً أحسن منه فان كان مثل الاول أو دونه مكن منه ومن وجد في دارنا بلا أمان فهو ومعه في دارنا فدخلت بأمان لم يصدق وأخذ ولو قال أنا رسول فان وجد معه كتاب يعرف انه كتاب ملكهم بعلامة تعرف بذلك كان آمنا فان الرسول لا يحتاج الى أمان خاص بل بكونه رسولا بآمن وان لم يعرف فهو زور فيكون هو ومعه في دارنا فدخل دار الاسلام بلا أمان فأخذه واحد من المسلمين لا يختص به عند أبي حنيفة بل يكون في جماعة المسلمين وهو رواية بشر عن أبي يوسف وظاهر قول أبي يوسف وهو قول محمد بن الحسن به ولو دخل الحرم قبل أن يؤخذ فعند أبي حنيفة يؤخذ ويكون في المسلمين وعلى قولهما لا يمكن لا بطم ولا يسقي ولا يؤذى حتى يخرج (قوله وان دخل الحربى دارنا بأمان واشترى أرض خراج فإذا وضع عليه الخراج صار ذميا) وكذا لو اشترى عشرة فأنما استمر عشرة على قول محمد فانها وظيفة مستمرة وعلى قول أبي حنيفة نصير خراجية فتؤخذ منه جزية سنة مستقبلة من وقت وضع الخراج وتثبت أحكام الذمي في حق من منع الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم وضمنان المسلم قيمة خمره وخنزيره إذا ألتفه ووجوب الدية عليه إذا قتله خطأ ووجوب كف الأذى عنه فحرم غيبته كما تحرم غيبة المسلم فضلا عما يفعله السفهاء من صفعه وشتمه في الأسواق ظلما وعدوانا وهذه الأحكام الجلة التي تبه عليها المصنف والجزم الكثير والمراد بوضع الخراج الزام به وأخذه منه عند حلول وقته ومنذ بانثر السبب

أحكام الاسلام كذا ذكره فاضحان وليس يصح لما أشار اليه المصنف من قوله لانه قد يشترى بالتجارة وقوله (فيخرج عليه) أي على أن الوضع شرط (أحكام جنة فلا تغفل عنه) أي عن شرط الوضع وهي المنع من الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم ووجوب الضمان في اتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية بقتله خطأ وهذه الأحكام انما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله وبوضع الخراج بصير ذميا فلذلك يجب أن لا يغفل عن شرط الوضع

(واذا دخلت حربية بأمان فتزوجت ذمياً صارت ذمية) لانها التزمت المقام تبعاً للزوج (واذا دخل حربي بأمان فتزوج ذمية لم يصير ذمياً) لانه يمكنه أن يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزماً للمقام (ولو أن حربياً دخل دارنا بأمان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو ديني في ذمتهم فقد صار ذمياً مباحاً بالعود) لانه أبطل أمانه (وما في دار الاسلام من ماله على خطر فان أسراً وظهر على الدار فقتل سقطت ديونته وصارت الوديعة فياً) أما الوديعة فلانها في يده تقدير الا أن يد المودع كيدته فيصير فياً تبعاً لنفسه وأما الدين فلان اثبات الدين عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه أسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط (وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته) وكذلك اذا مات لأن نفسه لم تصير مغنومة فكذلك ماله وهذا لأن حكم الامان باق في ماله فبرئ عليه أو على ورثته من بعده قال (وما أوجب المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج)

وهو زراعتها أو تعطائها مع التمكن منها اذا كانت في ملكه أو زراعتها بالاجارة وهي في ملك غيره اذا كان خراج مقاسمة فانه يؤخذ منه لامن المالك فيصير به ذمياً بخلاف ماله كانت الارض التي استأجرها خراجها على مالكها فانه لا يصير ذمياً اذا دخل وقت الاخذ لعدم الاخذ منه وكذا اذا أخذ منه العشر على قول محمد ولا يظن بوضع الامام وتوظيفه ان يقول وظفت على هذه الارض الخراج ونحوه لأن الامام قط لا يقول في كل قطعة أرض كذلك بل الخراج من حين استقرت وظيفة لا راضي المعلومة اسفر على كل من صارت اليه نعم لا يصير ذمياً بمجرد شرائها كما قيل لانه لا يترجم لانه غير لازم لجواز انه اشتراها للتجارة فلا يحكم بالذمة عليه بمجرد ذلك حتى يزول هذا الاحتمال باستمرارها في يده حتى يؤخذ منه الخراج بنعطيلها أو زراعتها (قوله) واذا دخلت حربية دارنا بأمان فتزوجت ذمياً صارت ذمية) ففي تزويجها مسلماً أولى وعكسه ما لو دخل حربي فتزوج ذمية لا يصير ذمياً كما قال به الأئمة الثلاثة في الحربية أيضاً قياساً على الرجل ونحن بيننا الفرق بأن تزويجه ليس دلالة التزامه المقام فان في يده طلاقها والمضي عنها بخلافها حين أقدمت عليه كانت ملتزمة بما باق منه ومنه عدم الطلاق ومنعها من الخروج الى دارها فتصير ذمية في موضع الخراج على أرضها ونحو ذلك (قوله) ولو أن حربياً دخل دارنا بأمان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو ديني في ذمتهم فقد صار ذمياً مباحاً بالعود وما في دار الاسلام من ماله له مادام حياً وان مات فهو لورثته وكذا اذا قتل من غير أن يظهر على دارهم كما اذا مات في دار الاسلام لان ماله مشمول بأماننا مادام في دارنا وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله فان قيل ينبغي أن يصير فياً كما اذا أسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دارهم نكون فياً ولا نكون بد المودع كيدته في دار الاسلام أجيب بالفرق بأن ما في دار الحرب معصوم من وجه لامن كل وجه فان دار الحرب دار اباحة لا عصمة فلا يصير معصوماً بالشك بخلاف ما في دار الاسلام ثبت من كل وجه فيبقى الى أن يثبت المزيل وهو أن يصير نفسه مغنوماً بذلك بأن يأسر أو يظهر على داره فيقتل حينئذ تصير الوديعة في العامة المسلمين توضع في بيت المال لانها في يده تقدير افاذا غنم غنم بخلاف ماله من الوديعة في دار الحرب عند المسلم لانها ليست في يده كذلك بل من وجهه كما ذكرنا ثم هذا ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنها يختص بها المودع لما ذكره المصنف في الدين وأما الدين فيسقط عن ذمته لان ثبوت يده عليه منتف إذ قد صار ملكاً لادبون وانما هي ثابتة باعتبار ثبوت حق المطالبة وقد سقطت باستغنائه فيسقط الدين واذا حقت هذا ظهر لك أن اختصاص المدبون به ضروري غير محتاج الى تعليله بأنه سبقت يده اليه (قوله) وما أوجب المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال أي ما أعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله بلا قتال والوجف والوجيف ضرب من سير الابل والخيول ويقال وجف البعير وجفا ووجيفا وأوجفته اذا حملته على الوجيف (يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج)

وقوله (واذا دخلت حربية بأمان) ظاهر وكذا عكسه وكذلك قوله (ولو أن حربياً دخل دارنا بأمان) خلا أن قوله لان يد المودع كيدته منقوض بما اذا أسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على الدار فانها تكون فياً فلم تكن يد المودع كيد المودع وأجيب بأن يد المودع كيد المودع اذا انفقا عصمة وقت الابداع وفي صورة النقض ليس كذلك لان دار الحرب ليست دار عصمة قال (وما أوجب المسلمون عليه) يقال وجف الفرس أو البعير عدا وجيفا وأوجفه صاحبه ايجافا وقوله (وما أوجب المسلمون عليه) أي أعلا خيلهم وركابهم في تحصيله والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطن أو الانحراج قال جلال السلطان القوم عن أوطانهم وأجلاهم فجلا أي أخرجهم فخرجوا كلاهما يتعدى ولا يتعدى

قال المصنف (وما أوجب عليه المسلمون من أموال أهل الحرب) أقول أنت خير بأن هذه المسئلة ليست مما يتعلق بالمستأمن

قالوا هو مثل الاراضي التي أجلاوا أهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي فيه ما الخمس اعتبارا بالغنمة ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ ووضع في بيت المال ولم يخمس ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنمة لأنه مملوك بمباشرة الغنائم وبه قوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغنائم بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لاجباب الخمس (واذا دخل الحربى دارنا بأمان وله امرأه في دار الحرب وأولاد صغار ووكار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حريا وبعضه مسلمانا سلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله في)

وكذا الجزية في عمارة القناطر والجسور وسد النغور وكرى الانهار العظام التي لا ملك لا حد فيها كبحون والفرات ودجلة والى ارزاق القضاة والخمسين والمعلمين والمقاتلة وحفظ الطريق من اللصوص فلا يختص به ولا شيء منه أحد (قالوا هو مثل الاراضي التي أجلاوا أهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي فيه ما) وفي بعض النسخ فيها أى الارض والجزية والخراج الذي تقدم ذكره في قوله كما يصرف الخراج ويقال أجلى السلطان القوم وجلاهم يتعدى بلاهمزة أى أخرجهم فجلاوا أى خرجوا وأجلى القوم أى أخرجهم جوا فكل من ذى الهمزة وعدمها يتعدى ولا يتعدى ومذهب الشافعي أن كل ما أخذ من الكفار بلا قتال عن خوف أو أخذ منهم لكف عنهم بخمس وما أخذ من غير خوف كالجزية وعشر التجارة ومال من مات ولا وارث له ففي القديم لا يخمس وهو قول مالك وفي الجديد بخمس ولا أحد في التي مر وابتان الظاهر من مال لا بخمس ثم هذا الخمس عند الشافعي يصرف الى من يصرف اليه بخمس الغنمة عنده على ما مر وذكرنا أن قوله في الجزية مخالف للاجماع قال الكرخي ما قال به أحد قبله ولا بعده ولا في عصره ووجه قوله القياس على الغنمة بجماع أنه مال مأخوذ من الكفار عن قوة من المسلمين واستدل المصنف بفعله عليه الصلاة والسلام فإنه أخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران وفرض الجزية على أهل اليمن على كل حالم دينار ولم ينقل قط في ذلك أنه خمسة بل كان بين جماعة المسلمين ولو كان لنقل ولو بطريق ضعيف على ما قضت به العادة ومخالفة ما قضت به العادة باطل فوقوعه باطل بل قد ورد فيه خلافه وإن كان فيه ضعف أخرجه أبو داود عن ابن ابي عمير الكندي أن عمر ابن عبد العزيز كتب الى من سأله عن مواضع التي أنه ما حكم به عمر بن الخطاب فسرأه المؤمنون عسلا موافقا لقول النبي صلى الله عليه وسلم جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه فرض الاطعية وعقد لا أهل الايمان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب فيها بخمس ولا مغنم وأما ما في السنن عن عمر كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف المساون عليه بخيل ولا ركاب كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصة ينفق على أهل بيته قوت سنة فبني جعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله فغنائم أن التصرف فيها كان اليه كيف شاء بل يؤيد ما ذكرنا أن مصارف بيت المال اذ ذلك لم تكن أكثر من نفقة الأئمة وآلات الجهاد من الكراع والسلاح ونفقته هو عليه الصلاة والسلام اذ لم يكن اذ ذلك قضاة ولا جسور ولا قناطر وأما نفقة الفقراء المهاجرين فمن قطع بأنه كان يفعل ما تحققت له أدنى قدرة عليه وأما القياس ففي تقرير المصنف دفعه وهو قوله (ولأنه مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنمة لأنه مملوك بكل من مباشرة الغنائم وقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحق الباقي للغنائم بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه) من الرعب الخالي عن القتال فلم يكن لا بعضه مستحقون بجهتين بل استحقاقه بجهة واحدة (قوله) واذا دخل الحربى دارنا بأمان وله امرأه في دار الحرب وأولاد صغار ووكار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حريا وبعضه مسلمانا سلم ههنا) أى في دار الاسلام (ثم ظهر) على البناء للمفعول (على دارهم) ذلك كله في

وقوله (والجزية) بالجر عطف على قوله الاراضي أى هو مثل الاراضي التي أجلاوا عنها أهلها ومثل الجزية وقوله (وقال الشافعي رضي الله عنه فيه ما) أى في الاراضي التي أجلاوا عنها أهلها وفي الجزية وفي بعض النسخ فيها أى في الاراضي والجزية والخراج (قوله ولأنه) أى ولأن ما أوجف عليه المسلمون من المال وقوله (من غير قتال) بمعنى بل يوقع الرعب في قلوب الكفار من قوة المسلمين (بخلاف الغنمة لأنه) أى الغنمة بتأويل المغنوم (مملوك) بسين وهو ما مباشرة الغنائم وقوة المسلمين (فاستحق الخمس بمعنى) وهو الرعب (واستحق الغنائم الباقي بمعنى) وهو مباشرة الغنائم القتال (وفي هذا) أى فيما أوجف المسلمون عليه (السبب واحد وهو ما ذكرناه) بمعنى قوله أنه مال مأخوذ بقوة المسلمين فلا معنى لاجباب الخمس

(قوله لما قلنا من قبل) أى فى باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وزوجته فى لاتها كافر حربية الخ وقوله (وأما أولاده الصغار) ظاهر
(قوله وما كان من مال أودعه مسلماً أو ذمياً) انما قيد بالابداع لانه اذا كان غصباً فى أيديهم ما يكون فيما لعدم النيابة (قوله فلما قلنا)
اشارة الى قوله حريون كبار وليسوا باتباع (قوله واذا أسلم الحربى فى دار الحرب فقتله مسلم (٣٥٥) عداً أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك

فلا شئ عليه الا الكفارة فى

الخطا وقال الامام الشافعى

رضى الله عنه نجب الدية

فى الخطا والقصاص فى

العدا لانه اراق دماً معصوماً

لوجود العاصم وهو الاسلام

لكونه مستحباً للكرامة

وتحقيقه أن العصمة تثبت

نعمه وكرامة فتعلق بماله أثر

فى استحقاق الكرامات

وهو الاسلام لانه تحصل

السعادة الابدية لا بالدار

التي هي جادلاً أثر لها فى

استحقاق الكرامة ومن

أراق دماً معصوماً ان كان

خطأ فيه الدية والكفارة

وان كان عداً ففيه

القصاص كما لو قتل ذلك فى

دار الاسلام (وهذا) أى

وجوب الدية فى الخطا

والقصاص فى العدا انما

كان مبنياً على وجود العاصم

الذى هو الاسلام (لان

العصمة أصلها المؤتمنة

لحصول أصل الزجر بها)

فان من علم انه باثم يقتل

ينزجر عنه نظر الى الجيلة

السليمة عن الميل عن

الاعتدال (وهي ثابتة)

فما نحن فيه (اجماعاً) فانه

لا قاتل بعدم الاثم على من

قتل مسلماً فى أى موضع كان

أما المرأة وأولاده الكبار فظاهراً لا منهم حريون كبار وليسوا باتباع وكذلك ما فى بطنها لو كانت حاملاً لما
قلنا من قبل وأما أولاده الصغار فلان الصغار انما يصير مسلماً تبعاً لاسلام أبيه اذا كان فى يده وتحت ولايته
ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا أمواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين
فبقى الكل فيما وعنه (وان أسلم فى دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فأولاده الصغار أحرار مسلمون)
تبعاً لا بينهم لانهم كانوا تحت ولايته حين أسلم اذ الدار واحدة (وما كان من مال أودعه مسلماً أو ذمياً
فهو له) لانه فى يده محترمة ويده كبدته (وما سوى ذلك فى) أما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا وأما
المال الذى فى يد الحربى فلا تملكه لم يصير معصوماً لان يد الحربى ليست يد محترمة (واذا أسلم الحربى فى
دار الحرب فقتله مسلم عداً أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شئ عليه الا الكفارة فى الخطا) وقال
الشافعى نجب الدية فى الخطا والقصاص فى العدا لانه اراق دماً معصوماً (لوجود العاصم وهو الاسلام)
لكونه مستحباً للكرامة وهذا لان العصمة أصلها المؤتمنة لحصول أصل الزجر بها وهي ثابتة اجماعاً
والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفه فتمت ما تعلق به الاصل

أما المرأة والأولاد الكبار فانهم حريون وليسوا باتباع للسدى خرج لانهم كبار (وكذا ما فى بطنها
لو كانت حاملاً) يكون فيما مرقوقاً (لما قلنا) فى باب قسمة الغنائم من أن جزؤها (وأما أولاده
الصغار فلان الصغار انما يصير مسلماً تبعاً لاسلام أبيه اذا كان فى يده وتحت ولايته ومع تباين
الدارين لا يتحقق ذلك وكذا أمواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه) بالاسلام (لاختلاف الدارين فبقى
الكل فيما فاما اذا أسلم فى دار الحرب ثم جاء البنا (فظهر على الدار) وباقي الصورة بمجالها (فأولاده
الصغار أحرار مسلمون تبعاً لا بينهم لانهم كانوا تحت ولايته حين أسلم) ولو كان فى بلدة أخرى غير البلدة
التي هم فيها (اذ الدار واحدة) وما كان له من مال أودعه مسلماً أو ذمياً فهو له لانه فى يده محترمة
ويده كبدته) لانه نائب عنه فى الحفظ بخلاف ما لو كان فى يدهما غصباً فانه يكون فيما لعدم النيابة
وعند أبى يوسف ومحمد يجب أن لا يكون فيما إلا ما كان من غصب عند حربى وهو قول الأئمة الثلاثة
وتقدمت هاتان المسئلتان مع أخريين فى باب الغنائم مستوفى (قوله واذا أسلم الحربى فى دار الحرب فقتله
مسلم عداً أو خطأ وله ورثة مسلمون) صالحون لاستيفاء القصاص والدية (فلا شئ على القاتل الا الكفارة
فى الخطا) وقال الشافعى نجب الدية فى الخطا والقصاص فى العدا وهو قول مالك وأحمد (لانه اراق
دماً معصوماً) بالاسلام (لكون الاسلام مستحقاً للكرامة وهذا لان العصمة أصلها) العصمة (المؤتمنة
لحصول أصل الزجر بها) أى بالعصمة ولو قال به أى بالاثم لكان أحسن (و) العصمة (المقومة كمال فيه)
أى فى أصل العصمة (لكمال الامتناع به) أى بالنقوم على المنتك لها (فتعلق) هذه العصمة (بما تعلق
به الاصل) أعنى المؤتمنة وقال النبى صلى الله عليه وسلم فاذا قالواها عصموا منى دماءهم وأموالهم فتصرف
العصمة الى كمالها وذلك بالمقومة والمؤتمنة ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير
رقبة مؤمنة فانه فى القتل الخطا ولم يستدل على منع القصاص فى العدا كنفاه بما ذكر فى المسئلة من
دلالة الآية لانه تعالى أفاض فى تفاصيل موجبات القتل الخطا فقال سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمناً
خطأً فتحرير رقية مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا فأوجب الدية والكفارة ثم قال فان كان

(والعصمة المقومة كمال فيه) أى فى أصل العصمة لانه اذاوجب الاثم والمال كان ذلك أكمل وأتم فى المنع من الذى وجب فيه الاثم دون
المال فكانت العصمة المقومة وصفاً زائداً على العصمة التى هي المؤتمنة (فتعلق بما تعلق به الاصل) وهو العصمة المؤتمنة والعصمة المؤتمنة
تعلقت بالاسلام فالعصمة المقومة كذلك فتجب الدية والكفارة فى قتل الحربى الذى أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر البنا

(قوله والعصمة المؤتمنة تعلقت بالاسلام الخ) أقول لم يظهر مما ذكره كون وجوب القصاص مبنياً على وجود العاصم الذى هو الاسلام

(ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبته مؤمنة) وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يؤول هذه الآية بالذين أسلموا في دار الحرب ولم يهاجروا وهو المنقول عن بعض أئمة التفسير أيضا ووجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى ميز بين المؤمنين الذي في دار الاسلام وبين المؤمنين الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل فجعل الحكم في الاول ادية والكفارة بقوله تعالى فتحرير رقبته مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وفي الثاني الكفارة دون ادية وذلك من وجهين أحدهما أنه ذكر بحرف الفاء فإنه للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافيا فإذا كان كافيا كان كل الموجب ضرورة والثاني أنه كل المذكور حيث لم يذكر غيره وذلك يقتضي انتفاء غيره لان قصده الشارع في مثلها خراج العبد عن عهد هذا الحكم المتعلق بالحادث ولا يتحقق ذلك الا ببيان كل الحكم بلا اخلال فلو كان غيره من تمة هذا الحكم لذكره في موضع البيان وقوله (ولان العصمة المؤتمنة بالآدمية) دليل معقول على عدم العصمة المقومة الموجبة لادية في دار الحرب ومشتل على بيان أن العصمة المقومة ليست بوصف كمال في العصمة المؤتمنة فتكون تابعة لها وبيان ذلك ان العصمة المؤتمنة بالآدمية (لان الآدمي خلق متحملا لأعباء التكليف) (٣٥٦) أي انقالها ومن خلق لشيء وجب عليه القيام به فلا أدى وجب عليه القيام بأعباء

التكليف (والقيام بها بحرمة التعرض) أي إنما يتحقق له القيام بها اذا كان حرام التعرض فلا أدى وجب عليه أن يكون حرام التعرض مطلقا الا أن الله تعالى أبطل ذلك في الكافر بعارض الكفر فاذا زال الكفر بالاسلام عاد الى الاصل (والاموال تابعة لها) أي لا دمية التي تثبت العصمة المؤتمنة لها لانها خلقت في الاصل مباحة وانما صارت معصومة لتمكن الآدمي من الانتفاع بها في حاجته فكانت تابعة لآدمية (أما العصمة المقومة فالأصل فيها الاموال لان تقوم يؤذن بجبر الفائق) لان المنقوم هو الشيء الذي يكون

ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبته مؤمنة الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء أو الى كونه كل المذكور فينتفي غيره ولان العصمة المؤتمنة بالآدمية لآدمي خلق متحملا لأعباء التكليف والقيام بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها أما المقومة فالأصل فيها الاموال لان تقوم يؤذن بجبر الفائق وذلك في الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك في النفوس الا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة لما أنه أوجب ابطالها

أي المقتول من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبته واقتصر عليه فعرف أنه تمام الموجب لانه مفيض في بيان حكم قتل المسلم الكائن من قوم عدو لنا فقال موجه كذا ولم يزد عليه فكان كل الموجب والالم يكن بيان الموجه بل لبعض موجه وزاد المصنف وجها آخر قدمه على هذا الوجه وهو قوله رجوعا الى حرف الفاء وقرر بأن الفاء للجزاء والجزاء هو الكافي يقال جزى فلان أي كفى وهو سهل ولان لفظ الجزاء المجعول معنى الفاء لفظ اصطلاحى أي جعل على أن اللفظة وضعت لفظ الفاء لمعنى لفظ الجزاء حتى يقال الجزاء الذي هو معنى الفاء الكافي بل المراد بقول النجاة الفاء للجزاء أي دالة على أن ما بعده سبب عما قبلها فسمى السبب جزاء اصطلاحا لالغته فليست أملا (ولان العصمة المؤتمنة) في الاصل (بالآدمية) لا بوصف الاسلام (لانه خلق متحملا لأعباء التكليف والقيام بها) لا يمكن الامع (حرمة التعرض له) وانما زالت بعارض الكفر فاذا انتفى عادت بخلاف الاموال لانها بحسب الاصل مباحة لانها خلقت للانتفاع بها والعصمة المقومة بالعكس فالاموال هي الاصل فيها لا النفوس (لان تقوم يؤذن بجبر الفائق) ومن شرطه التماثل وهو في الاموال لا النفوس فكانت النفوس تابعة في العصمة المقومة للاموال (ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذا في النفوس الا أن الشرع أبطل اعتبار منعة الكفر) فأوجب بطلانها فان قيل لوضح ما ذكرتم لزوم في المرتد والمستأن من اذا قتل

واجب الابقاء والدوام بالمثل أو القيمة (وذلك) أي جبر الفائق (في الاموال دون النفوس) لانه انما يحصل بالمثل في صورة ومعنى أو معنى فقط ولا تماثل بين النفوس وما يجبر به لا صورة ولا معنى على ما عرف في الاصول (فكانت النفوس تابعة) للاموال في العصمة ومن هذا علم أن العصمة المؤتمنة أصل مستقل في شيء والعصمة المقومة أصل مستقل في شيء آخر وليس أحدهما بكمال في الآخر ولا وصف زائد عليه ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لانها عزة والعزة بالمنعة فالعصمة المقومة في الاموال بالمنعة والدار انما تكون بالمنعة فلهذا تعرض لذكرها واذا كانت العصمة المقومة في الاموال بالمنعة فكذلك في النفوس لانها تابعة لها لما ذكرنا لكن لا منعة لدار الحرب لان الشرع أسقط اعتبار منعة الكفر لما أنه أوجب ابطالها واذا لم يكن منعة لا يوجد الاحراز واذا لم يوجد الاحراز لا توجد العصمة المقومة واذا لم توجد العصمة المقومة لانجب ادية وهذا في غاية التحقيق خلا أنه توهم أن لا يملكوا أموالا بالاحراز الى الدار كما قال به الامام الشافعي رضي الله عنه ودفعه بأن معنى قولنا ان الشرع أسقط اعتبار منعتهم حال كونهم في دارهم وأما اذا وقع خروجهم الى دارنا وأحرزوا أموالنا باليد المحافظة والناقلة فقد استولوا على مال مباح كما مر وذلك يوجب الملك لا محالة

(قوله فاذا كان كافيا الخ) أقول قد عسل الشارح فيما سبق بالاستقراء في كتاب الحدود وفراجه

وقوله (والمرتد والمستأمن) جواب عما يقال أنهم محرزان بدار الاسلام ذانا فيجب أن يتقوما ولم يتقوما حتى لا تجب الدية بقتلهما وكون المستأمن من أهل دارهم حكما لقصد الانتقال ظاهر وأما المرتد فكذلك لأنه يقصد هربا من القتل وقوله (ومن قتل مسلما خطأ الخ) واضح واعترض على قوله وهو العامة أو السلطان بأن التردد فيمن له (٣٥٧) ولاية القصاص بوجوب سقوطه كما في

المكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث وأوجب بان الامام ههنا نائب عن العامة فصل كأن الولي واحد بخلاف مسئلة الكتاب

باب العشر والخراج

لما ذكر ما يصير به الحربى ذميا شرع في بيان الخراج الذى يجب عليه وذكر العشر استطرادا لان سبب كل واحد منهما هو الارض النامية وقدمه على الخراج لكونه من الوظائف الاسلامية والعشر بضم العين أحد أجزاء العشرة والخراج اسم لما يخرج من غلة الارض أو الغلام ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجا فيقال أدى فلان خراج أرضه وأدى أهل الدية خراج رؤسهم يعنى الجزية والعذيب ما تلهم والحجر بفقتين بمعنى الضجر لانه وقع فى امالى أى يوسف الضجر موضع الحجر ويظهر من ذلك أن من روى بسكون الجسيم وفسره بالجانب فقد حرف ومهزلة بالفتح والسكون اسم رجل وقيل اسم قبيلة ينسب اليها الابل المهرية سمي ذلك المقام به فيكون بهرة

والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم حكما لقصد الانتقال اليها (ومن قتل مسلما خطأ لاولى له أو قتل حربيا دخل البناء بآمان فأسلم فالدية على عاقلة للامام وعليه الكفارة) لانه قتل نفسا معصومة خطأ فتعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام أن حق الأخذ له لانه لا وارث له (وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء أخذ الدية) لان النفس معصومة والقتل عمدا والولى معلوم وهو العامة أو السلطان قال عليه الصلاة والسلام السلطان ولى من لاولى له وقوله وان شاء أخذ الدية معناه بطريق الصلح لأن موجب العمد هو القود عينا وهذا لأن الدية أنفع في هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال (وليس له أن يعفو) لان الحق للعامة ولا يتسه نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

باب العشر والخراج

في دارنا الدية أجاب بأنهما (من أهل دار الحرب حكما لقصد الانتقال اليها) فلم يجب شي وأما قوله صلى الله عليه وسلم عفوهم فنفقوا لا شك في ثبوت العصمة شرعا ولا يستلزم كما لها الا بدليل ولو سلمنا ذلك فقد قال عليه الصلاة والسلام لا يحق منه ومن حقه أن يكونوا في دارنا لا يكثر سواد العدو والآن هذا لا ينتهض في الاسير المسلم (قوله ومن قتل مسلما خطأ لاولى له أو قتل حربيا دخل دار الاسلام بآمان فأسلم فالدية على عاقلة للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة) بالاسلام وداره (خطأ ومعنى قوله للامام أن حق الأخذ له لانه لا وارث له) بالفرض لأن الماخوذ يملكه هو بل يوضع في بيت المال (وان كان) قتل المسلم الذى لا وارث له والمستأمن الذى أسلم ولم يسلم معه وارث فصدا ولا تبعان لم يكن معه ولد صغير دخل به البنا (عدا فان شاء الامام قتله وان شاء أخذ الدية) منه بطريق الصلح لا الجبر (لان موجب العمد عندنا القصاص عينا) الآن يتصلحو على الدية وانما كان للسلطان ذلك لانه هو ولى المقتول (قال عليه الصلاة والسلام السلطان ولى من لاولى له) وقد قدمنا الكلام على هذا الحديث في باب الاولياء والا كفاه من هذا الكتاب فارجع اليه والدية وان كانت أنفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود اليهم من قتله منفعة أخرى هي أن ينزجر أمثاله عن قتل المسلمين فيرى بما هو أنفع في رأيه وبما ذكرنا ظهر أن الاولى أن يقول وهذا لأن الدية قد تكون أنفع والا كان يتعين الصلح منه عليها (وأما أن يعفو فليس له ذلك لان ولايته على العامة نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض) ولو كان المقتول لقيطاً فقتله الملتقط أو غيره خطأ فلا اشكال في وجوب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه ولو كان القتل عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء صالحه على الدية كالتى قبلها وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف عليه الدية في ماله ولا يقتله لانه لا يخلو عن ولى كالأب ونحوه ان كان ابن رشدة وكالاته ان كان ابن زنا فاشبهه من له حق القصاص فلا يستوفى كالمكاتب الذى قتل قبل أداء الكفاية وترك وفاء ولهما أنه لا يملك له ولى ولا هو في مظنته واحتمال كونه له في نفس الأمر لا يفيد اذا لا ينتفع به فكان وجوده وعدمه في نفس الامر سواء لانه لا يقدر على الانتفاع فيستوفى

باب العشر والخراج

لما ذكر ما يصير به المستأمن ذميا ذكر ما يتوبه من الوظائف المالية اذا صار ذميا وذلك هو الخراج في أرضه

باب العشر والخراج

(قوله وذكر العشر استطرادا الخ) أقول فيه عنوان الباب بما ليس مقصودا منه وقد استقصيه الشريف الجرجاني في أول مباحث الكلبيات من حاشية المطالع

قال (أرض العرب كلها أرض عشروهي ما بين العذيب الى أقصى حجر باليمن ماهرة الى حد الشام والسواد أرض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلت الى عبادان) لان النبي عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب ولا نه عنزلة التي فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رفاهم وهذا لأن وضع الخراج من شرطه أن يقرأ أهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشرق العرب لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف وعمر بن الخطاب فتح السواد وضع الخراج عليها بمحض من الصحابة ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام

ورأسه وفي تفاربعهما كثرة فأورد هـ ما في باين وقدم خراج الارض لان الكلام فيه كان بعرض قريب ثم ذكر العشر فيه أيضا تنميها لوظيفة الارض لانها السبب في الخراج والعشر جميعا وقدم ذكر العشر لان فيه معنى العبادة والعشر لغة واحد من العشرة والخراج ما يخرج من غناء الارض أو غناء الغلام وسمي به ما يأخذه السلطان من وظيفة الارض والرأس وحدد الاراضي العشرية والخراجية أولا لانه حينئذ اضبط فقال (أرض العرب كلها عشرية وهو ما بين العذيب) وهو ماء لقيم وذكر ضمير الارض باعتبار خبره وهو لفظ ما في قوله ما بين العذيب (الى أقصى حجر باليمن) وفي بعض النسخ وهي على الظاهر وحجر بفتح الجيم واسكانه خطأ لان أبابوسف قال حددود أرض العرب ما وراء حدود الكوفة الى أقصى حجر باليمن فعرف انه حجر بالفتح والمراد الى آخره من أجزاء اليمن وهو آخر حجر منها ومهرة حينئذ في آخر موضع من اليمن وقولهم من أول عذيب القادسية الى آخر حجر بوجه أن ذلك أول ما وراء أرض الكوفة هذا طولها وعرضها من رمل يبرين والدهناء ويعرف برمل عالج الى مشارف الشام أي قراها وقد عبر بمنقطع السماء قال الكرخي وهي أرض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية والحجاز هو جزيرة العرب سمي جزيرة لان بحر الحبش وبحر فارس والفرات أحاطت بها وسمي حجازا لانه يحجز بين تهامة ونجد (والسواد) أي سواد العراق أي أرضه سمي به لكثرة اخضراره وحده (من العذيب الى عقبة حلوان) عرضا (ومن العلت الى عبادان) طولاً (ويقال من الثعلبية الى عبادان) قيل هو غلط لان الثعلبية بعد العذيب بكثير اذ اعرف هذا فأرض العرب كلها عشرية (لانه عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين) بعده (لم يأخذوا الخراج من أرض العرب) ولو فعله عليه الصلاة والسلام لفضت العادة بنقله ولو بطريق ضعيف فلما لم ينقل دل قضاء العادة على انه لم يقع (ولان شرط الخراج أن يقرأ أهلها) عليها (على كفرهم كما في سواد العراق والعرب لا يقبل منهم الا الاسلام) والايقتلون ولانه كما لارق على العرب فكذا لاخراج على أرضهم وسواد العراق المحدد المذكور خراجي (لان عمر رضي الله عنه وضع عليه الخراج بمحض من الصحابة) وهو أشهر من أن ينقل فيه أثر معين وانما يحتاج الى ذلك في تقدير الموضوع وقوله (ووضع على مصر الخ) أسند الواقدي الى مشيخة من أهل مصر أن عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة واستباح ما فيها وعزل منه مغانم المسلمين ثم صالحهم بعد على وضع الجزية على رؤسهم والخراج على أراضيهم ثم كتب الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك وأسند أيضا الى عمرو بن الحارث قال كان عمرو بن العاص يبعث بجزية أهل مصر وخراجها الى عمر رضي الله عنه كل سنة بعدد حيس ما يحتاج اليه ولقد استبطأ عمر في الخراج سنة فكتب بكتاب يلومه وبشدد عليه وهذا يخالف ما ذكره بعض الشارحين من ان مصر قحت صلحا على يد عمرو بن العاص وأما وضع الخراج على أرض الشام فعرف قيل ومدن الشام قحت صلحا وأراضيها عنوة على يد يزيد بن أبي سفيان وشرحبيل بن حسنة وأبي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد وقحت أجناد بن صلحا في خلافة أبي بكر رضي الله عنه وفي دالها الفتح

بدل من قوله باليمن وهذا ماؤها ومن يبرين والدهناء ورمل عالج أمماء مواضع الى مشارف الشام أي قراها عرضها والسواد أي أراضي سواد العراق أي قراها سمي بالسواد لخضرة أشجاره وزروعه وحده عرضا من العذيب الى عقبة حلوان وهو اسم بلد ومن الثعلبية وهي منازل البادية الى عبادان وهو حصن صغير على شط البحر طوله وقيل في موضع الثعلبية العلت بفتح العين وسكون اللام وهي قرية موقوفة على العلوية وهو أول العراق شرقي دجلة وكلامه واضح

(قوله الى مشارف الشام)
أقول المشارف بالفاء

قال (وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم إياها وتصرفهم فيها) لأن الإمام إذا فتح أرضاً عنوة وفهرا
له أن يقرأ أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤسهم الخراج فنبي الأراضى مملوكة لأهلها وقد قدمناه من قبل
قال (وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغائبين فهي أرض عشر) لأن الحاجة إلى ابتداء
التوظيف على المسلم والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخراج
(وكل أرض فتحت عنوة فأقرأ أهلها عليها فهي أرض خراج) وكذا إذا صالحهم لأن الحاجة إلى ابتداء
التوظيف على الكافر والخراج أليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم
فتحتها عنوة وتر كمال أهلها ولم يوظف الخراج

في المشهور والكسر (قوله وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم وتصرفهم فيها بالرهن والهبة
لأن الإمام إذا فتح أرضاً عنوة له أن يقرأ أهلها عليها ويضع عليها الخراج وعلى رؤسهم الجزية فنبي الأرض
مملوكة لأهلها وقد قدمناه من قبل) في باب قصة الغنائم ومذهب مالك والشافعي وأحمد أنهم موقوفة على
المسلمين فلا يجوز لأهلها هذه التصرفات (قوله وكل أرض أسلم أهلها) عليها فأحرزوا ملكهم فيها
(أو فتحت عنوة وقسمها بين الغائبين فهي أرض عشر) لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق
به لأن فيه معنى العبادة ولأنه أخف حيث يتعلق الواجب (بنفس الخراج) فلا يؤخذ ما لم يكن خارجاً
فهو أليق بالمسلم (وكل أرض فتحت عنوة فأقرأ أهلها عليها فهي أرض خراج) وكذا إذا صالحهم لأن
الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به لأن فيه معنى العقوبة للتعلق بالتمكن من
الزراعة وإن لم يزرع وفيه نظرن ذكره في آخر الفصل إن شاء الله تعالى (ومكة مخصوصة من هذا) العموم
(فانها فتحت عنوة) على ما سلفناه في باب الغنائم وقسمتها بما لا يشك معه انها فتحت عنوة (ولم يوظف
عليها خراجاً) ولخص هذا المكان بحديث زيادة على ما في باب الغنائم أخرج مسلم عن أبي هريرة
رضي الله عنه أنه ذكر فتح مكة فقال أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى دخل مكة فبعث الزبير رضي
الله عنه على إحدى المجنبتين وبعث خالد بن الوليد على المجنبة الأخرى وبعث أبا عبيدة على الجسر وأخذوا
من بطن الوادي ورسول الله صلى الله عليه وسلم في كنية قال فنظر إلى وقال يا أبا هريرة قلت لبيك
يا رسول الله قال اهتف لي بالانصار فلا يأتيني إلا أنصاري فتهتف بهم فخافوا فاطافوا برسول الله صلى الله
عليه وسلم ووبشت قريش أو باشها فقال لهم ألا ترون إلى أو باش قريش وأنبا عنهم ثم قال بيده فضرب
بأحدهما على الأخرى وقال احصدوهم حصداً حتى توافوني على الصفا قال أبو هريرة فأنطلقنا فما شاء
أحد منا أن يقتل من شاء منهم الا قتله الحديث بطوله فاضمهم هذا إلى ما هنالك وقد ذكر القنبي ما فتح عنوة
وصلحها من البلاد فذكر أن الأهواز وفارس وأصبهان فتحت عنوة امر رضي الله عنه على يد أبي موسى
وعثمان بن أبي العاص وعتبة بن غزوان وكانت أصبهان على يد أبي موسى خاصة وأما خراسان
ومرو وروفتحتا صلحا في خلافة عثمان على يد عبيد الله بن عامر بن كريز وأما ما وراءهم ما فتحت بعد عثمان
على يد سعيد بن عثمان بن عفان معاوية صلحا وسمرقند وكش ونسف وبخارى بعد ذلك على يد المهلب
بن أبي صفرة وقتيبة بن مسلم وأما الري فافتحتها أبو موسى في خلافة عثمان صلحا وفي ولايته فتحت
طبرستان على يد سعيد بن العاص صلحا فتحتها عمرو بن العلاء والطالقان ودنباوند سنة سبع وخمسين
ومائة وأما جرجان ففي خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين وكرمان وسجستان فتحهما
عبد الله بن عامر في خلافة عثمان صلحا وافتتح الجبل كله عنوة في وقعة جلولاء ونهاوند على يد
سعد والنعمان بن مقرن وأما الجزيرة ففتحت صلحا على يد عياض بن غنم والجزيرة ما بين الفرات
ودجلة والموصل من الجزيرة وأما هجر فأدوا الجزيرة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا دومة الجندل
وأما اليمامة فافتحتها أبو بكر رضي الله عنه وأما الهند فافتحتها القاسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين

وقوله (قدمناه من قبل)
يعني في أول باب الغنائم
(قوله والخراج أليق به)
يعني من حيث أن فيه
معنى العقوبة وإن فيه
تغليظ الوجوب وإن لم يزرع
والكافر أليق بالعقوبة
والتغليظ وكان القياس
في أرض مكة أن تكون
خراجية لأنها فتحت عنوة
أي قهر الكفر رسول الله
صلى الله عليه وسلم لم يوظف
عليها الخراج وكما لارق على
العرب فكذا لاخراج في
أرضهم

(وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي أرض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي أرض عشر) لأن العشر يتعلق بالارض النامية ونعماؤها بما فيها فيعتبر السقي بماء العشر أو بماء الخراج قال (ومن أحيا أرضا مواتا فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من حيز أرض الخراج) ومعناه بقربه (فهي خراجية وان كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية)

(قوله وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار الخ) قد علم من عادة المصنف انه اذا وقعت مخالفة بين ما في القدرى والجامع أو زيادة في الجامع يقول بعد لفظ القدرى وفي الجامع الصغير الى آخره وهنا المخالفة ظاهرة فان قول القدرى كل أرض فتحت عنوة فأقرأ أهلها عليها فهي أرض خراج مطلق فهو أعم من أن يصل اليها ماء الانهار أو لا يصل بان استنبط فيها عين ولفظ الجامع قيد خراجيتها بان يصل اليها ماء الانهار ونحن نقطع أن الارض التي أقرأ أهلها عليها لو كانت نسقي بعين أو بماء السماء لم تكن الخراجية لان أهلها كفار والكفار لو انتقلت اليهم أرض عشرية ومعلوم أن العشرية قد نسقي بعين أو بماء السماء لا تبقى على العشرية بل تصير خراجية في قول أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد فكيف يتبدأ الكافر بتوظيف العشر ثم كونه عشرية عند محمد اذا انتقلت اليه كذلك أما في الابتداء فهو أيضا يمنع والعبارة التي نقلها عن الجامع في غاية البيان ليست كافي الهداية فانه قال ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال كل أرض فتحت عنوة بالقتال فصارت أرض خراج وكل شيء يصل اليها ماء الانهار فهي أرض خراج وكل شيء لم يصل اليها ماء الانهار فاستخرج فيه عين فهي أرض عشر والارض التي أسلم أهلها عليها فهي أرض عشر فقوله وكل شيء يصل اليها ماء الانهار فهي أرض خراج عطف على كل أرض فتحت عنوة والعطف يوجب المغايرة فيصير المعنى وكل أرض فتحت عنوة صارت أرض خراج وكل أرض لم تفتح عنوة ووصفها أنها يصل اليها ماء الانهار فهي أرض خراج وحاصله تقسيم أرض الخراج الى ما يفتح عنوة والى ما لم يفتح عنوة لكنها نسقي بماء الانهار نعم يجب تقييد الاول بأن يقرأ أهلها عليها بالضرورة وكان هذا معلوم اذا ابتدأ المسلم في أول الفتح قط بتوظيف الخراج في الاراضي المقسومة كما يجب تقييد الانهار فانها لا تكون خراجية ما لم تكن حولها الانهار العظام كالنيل والفرات والحاصل ان التي فتحت عنوة ان أقرأ الكفار عليها لا يوظف عليهم الا الخراج ولو سقيت بماء المطر وان قسمت بين المسلمين لا يوظف الا العشر وان سقيت بماء الانهار واذا كان كذلك فبالضرورة يراد الارض التي أحياها محي فان التي فتحت عنوة بما يتبدأ فيها التوظيف غير المقسومة والمقسرة أهلها عليها ليس الا الموات التي أحيت وبصر المعنى كل أرض فتحت عنوة صارت أرض خراج اذا أقام أهلها عليها وكل أرض لم تفتح عنوة بل أحياها مسلم ان كان صفتها ان يصل اليها ماء الانهار فهي خراجية أو ما عين ونحوه فعشرية وهذا قول محمد وهو قول أبي حنيفة ولو شرحه هكذا استغنى به عن ذكر المسئلة التي تليه فانها هي وحاصلها أن محمدا قال فبين أحيا أرضا مبنية بيئها فقرأها أو عين استخرجها أو ماء دجلة والفرات أو باقي الانهار العظام السقي لا يملكها أحد أو بالمطسرة فهي عشرية وان أحياها بماء الانهار التي شقها الاطاحم مثل نهر الملك ونهر بزدجرد وهو ملك من العجم فهي خراجية لان الاعتبار في مثله للماء لانه السبب لنماء الارض ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم ابتداء كرها فيعتبر السقي لان السقي بماء الخراج دلالة على التزامه فتصير خراجية عليه (وعند أبي يوسف تعتبر بحيزها) أي بما يقرب منها (فان كانت من حيز أرض الخراج أي بقربه فخراجية أو أرض العشر فعشرية) لان القرب من أسباب الترجيح فتخرج كونها خراجية بالقرب من أرض الخراج وعشرية كذلك

(قوله وفي الجامع الصغير الى قوله فهي أرض خراج) يعني سواء قسمت بين الغائبين أو أقرأ أهلها عليها وذ كر لفظ الجامع الصغير لهذه القائدة (قوله ومن أحيا أرضا مواتا فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها) فيل هذا الاطلاق محمول على المقيد وهو ما اذا كان المحي مسلما وأما اذا كان ذميا فعليه الخراج وان كانت من حيز أرض العشر واذا كان هذا مقيدا بكونه مسلما وجب أن يقيد قولهم المسلم لا يتبدأ بتوظيف الخراج بانه اذا لم يكن منه صنيع يقتضى ذلك وهو السقي من ماء الخراج اذا الخراج يجب جبرا للقائلة فيخص وجوب الخراج بما يسقي بماء حنثه المقاتلة والماء الذي حنثه المقاتلة ماء الخراج فلهذا يجب الخراج اذا سقاء بماء الخراج الى هذا أشار شمس الأئمة

(قوله وهو السقي من ماء الخراج الخ) أقول لا يخفى عليك أن هذا الكلام انما يناسب مذهب محمد والا فابو يوسف لا يعتبر السقي من ماء الخراج فلا وجه لاراده في هذا المقام ظاهرا فتأمل

(قوله والبصرة عنده عشرة) جواب اشكال يرد على قول أبي يوسف (٣٦١) فبما ذكر أن الأحياء في حيز الأرض

والبصرة عنده عشرة بأجماع الصحابة لأن حيز الشيء يعطى له حكمه كقضاء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية لأنهم من حيز أرض الخراج إلا أن الصحابة وظفوا عليها العشر فترك القياس لأجماعهم (وقال محمد بن أحمد إن أحياءها يترحقها أو بعين استخراجها أو ماء دجلة أو الفرات أو الأنهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرة) وكذا إن أحياءها ماء السماء (وإن أحياءها ماء الأنهار التي احتفرها الأعمام) مثل نهر الملك ونهر يزيد (فهو خراجية) لما ذكرنا من اعتبار الماء أنه سبب للنماء ولأنه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرهافه في ذلك الماء لأن السقي بماء الخراج دلالة التزامه قال (والخراج الذي وضعه عمر على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيزها شمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم

وأصله أفنية الدور أعطى له في الشرع حكمها حتى جاز لصاحب الدار الانتفاع بقناتها وهو غير مملوك له ومن أجل أن له حق الانتفاع لو قال المستأجر لا أجراه هذا فنانا وليس لي فيه حق الحفر ولكن أحفر وأحفروا فلا ضمان عليهم في الاستحسان بل على المستأجر لأن كونه قضاء بمنزلة كونه مملوكا في انطلاق يده في التصرف من القاء الطين والحفر وربط الدابة غير أن أبي يوسف استثنى البصرة من ضابطه فأنها عشرة عنده وإن كانت من حيز أرض الخراج لأجماع الصحابة على جعلها عشرة كما ذكره أبو عمر بن عبد البر وغيره فترك القياس فيها لذلك هذا وقد ظهر من قوله ولا شيء لا يمكن توظيف الخراج على المسلم إلى آخره أن المراد بموضوع المسئلة أعني قوله ومن أحياء أرضها ماء السماء والمسلم ولا بد من ذلك لأنه لو أحياءها شمي كانت خراجية سواء سقيت عند محمد بماء السماء أو فحواه أو لا سواء كانت عند أبي يوسف من حيز أرض الخراج أو العشر وظهر منه أيضا أن كون المسلم لا يتعدأ بتوظيف الخراج كما ذكره محمد في الزيادات هو فيما إذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وهو السقي بماء الخراج وهذا لأن الخراج جزءا للمقابلة على حيايتهم فاسق بمأجوره وجب فيه (قوله والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيزها شمي وهو الصاع) ثمانية أرطال خلافا لأبي يوسف نص على أنه الصاع أبو يوسف ومحمد فقال أبو يوسف حدثني السري عن الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل أرض يبلغها الماء عملت أو لم تعمل درهمان ومختوما قال عامر هو الحجابي وهو الصاع انتهى وعامر هو الشعبي وقال محمد في الأصل فما كان من أرض الخراج من عامر أو عامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزراعة في كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة زرع ذلك صاحبه في السنة مرة أو مرارا أو لم يزرعه كله سواء وفيه كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع والقفيز قفيز الحجاج وهو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ثمانية أرطال والمراد من القفيز المأخوذ قفيزا زرع حنطة أو شعيرة أو عدسا أو ذرة قاله الطحاوي واستحسن والدهرم ما وزن سبعة والمراد من الجريب أرض طولها ستون ذراعا وعرضها كذلك بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة فهو سبع قبضات لأن ذراع العامة ست وقوله في الكافي ما قبل الجريب ستون في ستين حكاية عن جريبهم في أراضيهم وليس بتقدير لازم في الأراضي كلها بل جريب الأرض يختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد من عارف أهله يقتضي أن الجريب يختلف قدره في البلدان ومقتضاه أن يتحد الواجب وهو قفيز ودرهم مع اختلاف المقادير فإنه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع وعرف أخرى فيه خمسون ذراعا وكذا ما قبل الجريب ما يذرفه مائة رطل وقيل ما يذرفه فيه من الحنطة ستون منا وقيل خمسون في ديارهم والمعول عليه ما في الهداية وغيرها وأما جريب الرطبة

الخراجية يجعل الأرض خراجية والبصرة في حيز الأرض الخراجية وإن أحياءها مسلم يجب عليه العشر ووجهه أن القياس ذلك لكن ترك ذلك بأجماع الصحابة (قوله لأن حيز الشيء يعطى له حكمه) دليل أبي يوسف على مذهبه (قوله قضاء الدار) يعني قضاء الدار يعطى له حكم الدار في حق الانتفاع وإن لم يكن القضاء مملوكا لصاحب الدار لا اتصاله بملكه فكذا ههنا تعطي هذه الأرض الحياة حكم جوارها لا اتصالها به ولا يظن في إعادة قوله وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية تكرار لأن الأول رواية القدوري والثاني ذكره شرح ذلك ونهر الملك على طريق الكوفة من بغداد ويزيد ذلك من مملوك العجم (قوله لما ذكرنا) من قبل إشارة إلى قوله لأن العشر يتعلق بالأرض النامية ونحوها بما فيها قال (والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه) أعلم أن الخراج على نوعين خراج وظيفة وهو أن يكون الواجب في الذمة يتعلق بالنمكن من الانتفاع بالأرض (في كل جريب) وهو أرض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون ذراعا

(٤٦ - فتح القدير رابع) الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة (قفيزها شمي وهو الصاع) من حنطة أو

شعير على ما قال الإمام قاضخان في فتواه أو مما يزرع فيها على ما ذكر في شرح الطحاوي (ودرهم)

ومن جريب الكرم المتصل والتخيل المتصل عشرة دراهم) وهذا هو المنقول عن عمر فانه بعث
عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف
جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بحضور من الصحابة من غير تكبير فكان اجماعا منهم

ففيه خمسة دراهم ولا شيء فيه من الخارج (وفي جريب الكرم المتصل والتخيل المتصل عشرة دراهم
هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه) فقيده الاتصال يفيد أنها لو كانت متفرقة في جوانب الارض
ووسطها من روعة فلا شيء فيها بل المعنى بوظيفة عمر رضي الله عنه في الزرع وكذا لو غرس اشجارا غير
منيرة ولو كانت الاشجار ملتفة لا يمكن زراعة أرضها فهي كرم ذكره في التهيبة وفي شرح الطحاوي لو
أنبت أرضه كرم فاعليه خراجها الى أن يطعم فإذا أطمع فإن كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم
وان كان أقل فنصفه الى أن ينقص عن قفيز ودرهم وان نقص فعليه قفيز ودرهم وفي رواية عليه وظيفة
الارض الى أن يطعم الكرم ثم ذكر المصنف الرواية عن عمر رضي الله عنه بذلك فقال (انه بعث عثمان
ابن حنيف حتى يمسح سواد العراق) وهو الذي آخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين علي بن أبي
طالب رضي الله عنهما حين آخى بين المهاجرين والانصار (وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستا
وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان بحضور من الصحابة رضي الله عنهم من غير تكبير
فكان اجماعا منهم) قال شارح في قوله ووضع على ذلك ما قلنا انه سمع بل يقال ووضع ذلك على ما قلنا
أي وضع الخراج ولا يخفى أن مرجع اسم الإشارة الست وثلاثون ألف ألف أي وضع على الجريان
المقادير التي ذكرناها ولا سم وينسب الى قائل هذا وقد تقدم رواية أبي يوسف به وهو منقطع لأن
الشعبي لم يدرك عمر رضي الله عنه واعلم أن الرواية عن عمر اختلفت كثيرا في تقدير الوظيفة فروى ابن
أبي شيبة حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر رضي الله
عنه على أهل السواد على كل جريب أرض يبلغه الماء عامر أو عامر درهمان وقفيزا من طعام وعلى
البساتين على كل جريب عشرة دراهم وخمسة أقفزة من طعام وعلى الرطاب على كل جريب أرض خمسة
دراهم وخمسة أقفزة من طعام وعلى الكروم على كل جريب أرض عشرة دراهم وعشرة أقفزة ولم يضع
على التخيل شيئا جعله تبع للارض ثم حدث عن أبي اسامة عن قتادة عن أبي مجلز قال بعث عمر عثمان
ابن حنيف على مساحة الارض فوضع عثمان على الجريب من الكرم عشرة دراهم وعلى جريب التخيل
ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم يعني الرطبة وعلى جريب البر أربعة دراهم وعلى جريب
الشعير درهمين وقال أبو عبيد في كتاب الاموال حدثنا هشيم بن بشير أنبأنا العوام بن حوشب عن
ابراهيم التيمي قال لما افتتح المسلمون فساق الحديث بطوله الى أن قال فمسح عثمان بن حنيف سواد
الكوفة من أرض أهل الذمة فجعل على جريب التخيل عشرة دراهم وعلى جريب القصب ثمانية دراهم
وعلى جريب القصب ستة دراهم وعلى الجريب من البر أربعة وعلى الجريب من الشعير درهمين وفيه قال
فأخذ من تجارهم من كل عشرين درهما درهما فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرفض به فقد
رأيت ما هنما من الاختلاف وما لك رحمه الله يعتبر اجارة الامام لانها وقف على المسلمين عنده فتفوض
الى اجارته كما هو الرسم الآن في أرض مصر فان المأخوذ الآن بدل اجارة لاخراج ألا ترى أن الاراضي
ايستعملوكة للزراع وهذا بعد ما قلنا ان أرض مصر خراجية والله أعلم كانه لموت المال كين شيئا
فشيئا من غير اخلاف ورثة فصارت لبيت المال وينبغي على هذا أن لا يصح بيع الامام ولا شراؤه من
وكيل بيت المال شيئا منها لان نظره في مال المسلمين كمنظروا لبيت المال فلا يجوز له بيع عقاره الا ضرورة
عدم وجود ما ينفعه سواه فلذا كتبت في فتوى رفعت الى في شرارة السلطان الاشرف برسباي رحمه الله
لارض عن ولاه نظار بيت المال هل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه فكنت اذا كان بالمسلمين حاجة

ولأن المون متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة والمزارع أكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة متفاوتت
بتفاوتهم الجمل الواجب في الكرم أعلاها وفي الزرع أدناها وفي الرطبة أوسطها قال (وما سوى ذلك من
الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة) لأنه ليس فيه توظيف عمر وقد اعتبر
الطاقة في ذلك فاعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزداد
عليه لأن التنصيف عين الانصاف لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغائمين والبستان كل أرض
يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار أخرى وفي ديارنا وظفروا من الدراهم في الاراضي كلها وترك
كذلك لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أي شيء كان قال (فإن لم نطق ما وضع عليها
نقصهم الامام) والنقصان عند قوله الربع جائز بالاجماع ألا ترى إلى قول عمر لعليكم جلتها الارض
ما لا تطيق فقال لا بل جلتها ما تطيق ولو زدنا لا طاقا وهـذا يدل على جواز النقصان وأما الزيادة
عند زيادة الربع يجوز عند محمد باعتبار النقصان وعند أبي يوسف لا يجوز لأن عمر لم يزد حين أخبر
بزيادة الطاقة

والعياذ بالله حاز ذلك وأحد في رواية كالك وفي رواية في كل جريب حنطة أو شعير درهم والباقي كقولنا
وقيل كل الروايات عن عمر صحيحة وإنما اختلفت لاختلاف النواحي فوضع بعضها أقل وبعضها أكثر
لتفاوت الربع في ناحية مع ناحية وما قلنا أشهر رواية وأرفق بالرعية ثم ذكر المصنف المعنى في
اختلاف الوظيفة فقال (ولأن المون متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة) لأنه يبقى على الابد بلا مؤنة
وأكثرها ريعا (والمزارع) أقلها ريعا (أكثرها مؤنة) لاحتياجها إلى البذر وموئ الزراعة من الحرارة
والخصاد والدياس والتدريفة في كل عام (والرطاب بينهما) لأنهم لا تدوم دوام الكرم ويتكافى في عملها
كل عام فوجب تفاوت الواجب بتفاوت المؤنة أصله قوله عليه الصلاة والسلام ما سقت السماء ففيه
العشر وما سقى بغرب أو دابة ففيه نصف العشر (قوله وما سوى ذلك) أي من الاراضي التي فيها أصناف
غير ما وظيف فيه عمر رضي الله عنه (كالزعفران) والنخيل المتنفة (وبستان) وهو أرض يحوطها
حوائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار وكذا غير ذلك كالنخيل المتنفة (يوضع على ذلك بحسب الطاقة)
فيوضع على النخيل المتنفة بحسب ما تطيق ولا يزداد على الكرم وعلى جريب الزعفران كذلك ينظر في
ذلك كله إلى غلتها فإن لم تبلغ سوى غلة الزرع يؤخذ قدر خراج الزرع أو الرطبة يؤخذ خراج الرطبة
أو الكرم فالكرم وانما ينتهي إلى نصف الخارج (لأن التنصيف) بعدما كان لنا أن نقلهم ونملك رقاب
الاراضي والاموال (عين الانصاف) (قوله فإن لم نطق ما وضع عليها) بأن لم يبلغ الخارج منها ضمه نقص
إلى نصف الخارج كذا أفاده في الخلاصة حيث قال فإن كانت الاراضي لا تطيق أن يكون الخراج
خمسـة بأن كان الخارج لا يبلغ عشرة يجوز أن ينقص حتى يصير مثل نصف الخارج انتهى وفي هذا
لا فرق بين الارضين التي وظيف عليها عمر رضي الله عنه ثم نقص نزلها وضعت الآن أو غيرها وأجمعوا أنه
لا يجوز الزيادة على وظيفة عمر رضي الله عنه في الاراضي التي وظيف فيها عمر رضي الله عنه أو امام آخر
مثل وظيفة عمر ذكره في الكافي وأما في بلد أو أراد الامام أن يبتدى فيها التوظيف فعند أبي حنيفة
وأبي يوسف لا يزيد وقال محمد وهو قول مالك وأحمد رواية عن أبي يوسف وقول الشافعي له ذلك
ومعنى هذا إذا كانت الارض التي فتحت بعد الامام عمر رضي الله عنه تزرع الحنطة فأراد أن يضع عليها
درهمين وقتها وهي تطيقه ليس له ذلك وعند محمد ذلك اعتبارا بالنقصان وهذا يؤيد ما ذكرته من
حمل الارض في قوله فإن لم نطق ما وضع عليها على ما يشمل أرض عمر رضي الله عنه ومنعه أبو يوسف بأن
عمر رضي الله عنه لم يزد حين أخبر بزيادة طاقة الارض ففي البخاري من حديث عمرو بن ميمون أخاف
أن تكون جلتها الارض ما لا تطيق فالاجلناها أمرأى له مطيعة ما فيها كبير فضل وروى عبد الرزاق

(قوله فالكرم أخفها) يعني
وأكثرها ريعا لأنه يبقى على
الابد بلا مؤنة (والمزارع
أكثرها مؤنة) لاحتياجها
إلى الزراعة والقاء البذر في
كل عام (والرطاب بينهما)
لأنها تبقى أعواما ولا تدوم
دوام الكروم فكانت مؤنتها
فوق مؤنة الكروم ودون
مؤنة المزارع وخارج
مقاسمة وهو أن يكون
الواجب شيئا من الخارج
كالخمس والسادس ونحو
ذلك (لأنه ليس فيه توظيف
عمر) فاعتبر فيه الطاقة
كما اعتبرها في الموطأ ومن
الانصاف أن لا يزداد على
النصف (قوله والبستان
كل أرض يحوطها حائط)

ظاهر

(وان غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع عنها فلا خراج عليه) بالاتفاق (لانه فان التمكن من الزراعة وهو النماء التقديرى المعبرى الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة) أى استأصله حشداً أو برد شديداً أو نحو ذلك فلا خراج أيضاً (لانه فان النماء التقديرى) الذى أقيم مقام النماء الحقيقى (فى بعض الحول وكونه نامياً فى جميع الحول شرط كفاى مال الزكاة) فان من اشترى جارية للتجارة فضى عليها سنة أشهر ثم فوّاها للخدمة سقطت (٣٦٤) الزكاة لانها لم تنبؤ نامية فى جميع الحول (أو) يقال (بدرالحكم على الحقيقة

عند خروج الخراج) بعضى أن النماء التقديرى كان قائماً مقام الحقيقى فلما وجد الحقيقى نعلق الحكم به لكونه الاصل وقد هلك فيه ملك معه الخراج فان قيل اذا استأجر أرضاً للزراعة فاصطلم الزرع آفة لم تسقط الاجرة فما الفرق بينه وبين الخراج أجيب بأن الاجر يجب الى وقت هلاك الزرع لا بعده وليس الاجر كخراج لانه وضع على مقدار الخراج اذا صلحت الارض للزراعة فاذا لم يخرج ثمرى جاز اسقاطه والاجر لم يوضع على مقدار الخراج جازاً يجابه وان لم يخرج ثم قال مشايخنا ما ذكر فى الكتاب ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن ان تزرع الارض ثانياً ما اذا بقى فلا يسقط الخراج قال (وان عطلها صاحبها فعليه الخراج) اذا عطل الأرض الخراجية صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابناً وهو الذى فوته قبل

(وان غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه) لانه فان التمكن من الزراعة وهو النماء التقديرى المعبرى فى الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فان النماء التقديرى فى بعض الحول وكونه نامياً فى جميع الحول شرط كفاى مال الزكاة أو يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخراج قال (وان عطلها صاحبها فعليه الخراج) لان التمكن كان ثابناً وهو الذى فوته قالوا من انتقل الى أخس الامر من من غير عذر فعليه خراج الا على لانه هو الذى ضيع الزيادة قال أخبرنا معمر بن علي بن الحكم البنانى عن محمد بن زيد عن ابراهيم قال جاور رجل الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال أرض كذا وكذا يطبقون من الخراج أكثر مما عليهم فقال ليس اليهم سبيل (قوله) وان غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه) أما فى غلبة الماء أو انقطاعه (فلا نه فان التمكن من الزراعة وهو النماء التقديرى المعبرى فى الخراج) وأما فى الاصطلام فلفوت (النماء التقديرى فى بعض الحول وكونه نامياً فى جميع الحول شرط كفاى مال الزكاة أو يدار الحكم على حقيقة الخراج عند الخروج) لان التمكن من الزراعة قائم مقامه فاذا وجد الاصل بطل اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالاصل واعلم أن أكثر المشايخ جالوا المذكور فى الكتاب من سقوط الخراج بالاصطلام على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن الزراعة فانساقان بى لا يسقط الخراج لانه عطلها وفى الفتاوى الكبرى نكلموا أن المعبر فيه زراعة الحنطة أو الشعير أم أى زرع كان وان المعبر بمدة ترك الزرع فيها أو مدة يبلغ الزرع فيها مبلغا يكون قيمته ضعف الخراج والفتوى على أنه مقدر بثلاثة أشهر وهو لا ينافى الوجه الثانى لان ادارة الحكم على حقيقة الخراج ان أسقط الواجب منه لا يمنع الايجاب بالتعطل فيما بعده من الزمان وأما الوجه الاول فصرح فى نقي الوجوب وان بى امكان الزراعة الى آخر السنة ولم يذكر كثير من المشايخ هذا واعادة الزرع تستدعى مؤثراً كالاول فان أخرج شيئاً فقصاراه أن بى بالخراجين فأخذ الخراج اذا لم يزرع والحالة هذه فخصير أصل مال الزارع وكذا ان زرع (قوله) وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن من الزراعة (كان ثابناً وهو الذى فوته) أى فوت الزرع وهذا بشرط التمكن كما يفيد قوله لان التمكن كان ثابناً ما اذا لم يتمكن لعدم فوته وأسبابه فلا امام أن يدفعها لغيره من زراعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقي أو يؤجرها ويأخذ الخراج من الاجرة أو يزورها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من غنها خراج السنة المنسلفة ودفع باقى الثمن لصاحبها ثم استمر بأخذ الخراج من المشتري وهذا وان كان نوع حجر فقيده دفع ضرر العامة باثبات ضرر واحد وهو جائز كما قلنا فى الحجر على المكاري المقلس والطبيب الجاهل ولو وقع البيع فى أثناء السنة فان بى منها قدر ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا على البائع وما عن أبي يوسف أنه يدفع للعاجز كفايته من بيت المال فرضا يعمل فيها صحيح أيضاً ومن فروع ذلك (ما اذا انتقل الى أخس الامر من من غير عذر) بان كانت مثلاً تزرع الكرم فزرعها حبوا (أخذ منه خراج الاعلى) وهو الكرم (لانه هو الذى ضيع الزيادة)

هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة وعطلها أما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم قوته وأسبابه فلا امام أن يدفعها الى غيره من زراعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وان شاء أجرها وأخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ الخراج من غنها وهذا بخلاف وان كان فيه نوع حجر وهو ضرر ولكنه الحاق ضرر واحد للعامة (قوله) قالوا (بمعنى المشايخ) (من انتقل الى أخس الامر من من غير عذر) بان كانت الارض صالحة للزراعة للاعلى وهو الزعفران مثلاً (وجب خراج الزعفران لانه هو الذى ضيع الزيادة

وهذا يعرف ولا يفتى به كي لا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس (ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) لأن فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فأمكن إبقاؤه على المسلم (ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذي ويؤخذ منه الخراج) لما قلنا وقد صح أن العصاة اشتروا أراضي الخراج وكافوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة (ولا عشر في الخارج)

على المسلمين قالوا لا يفتى به هذا لما فيه من تسلط الظلمة على أموال المسلمين إذ يدعى كل ظالم أن أرضه تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب (قوله ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) وعند مالك والشافعي يسقط عنه الخراج وكذا الوبا عها من مسلم يجوز البيع عندنا خلافا لما لا في رواية وعلى رواية الجواز يسقط الخراج لما فيه من معنى الذل والصغار وهو غير لائق بالمسلم وقوله (لما قلنا) من أن فيه معنى المؤنة والمسلم من أهل المؤنة كالعشر والأرض لا تخلو منها فأبقاها ما تقرر واجبا أولى ولأن وضع عمر رضي الله عنه بموافقة جماعة من العصاة ما كان إلا ليجد الذين يبيعون من المسلمين بعد أهل الفتح ما يستحتاجهم وفتح هذا الباب يؤدي إلى فوات هذا المقصود فإن الإسلام غير بعد بعد مخالطة المسلمين ومعرفة محاسنهم أو تقيية من الكلفة وتجنس المشاق في الزراعة ثم دفع نحو النصف للغير قال المصنف (وقد صح أن العصاة اشتروا أراضي الخراج وكافوا يؤدون خراجها) قال البيهقي قال أبو يوسف القول ما قال أبو حنيفة أنه كان لابن مسعود ونجاش بن الارت والحسين بن علي ولشريح أرض الخراج فدل على انتفاء كراهة تملكها حدثنا محمد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلي أنه قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه إني اشتريت أرضا من أرض السواد فقال عمر أنت فيها مثل صاحبها قال البيهقي وأخبرنا أبو سعيد حدثنا أبو العباس الأصم حدثنا الحسن بن علي بن عفان حدثنا يحيى بن آدم قال حدثنا حسن بن صالح عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال أسلمت امرأة من أهل نهر الملك فكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إن اختارت أرضها وأدت ما على أرضها من الخراج تخلوا بينها وبين أرضها والآن خلوا بين المسلمين وبين أرضهم وروى عبد الرزاق وابن أبي شبة حدثنا الثوري عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب أن دهقاناً من أرض نهر الملك أسلمت فقال عمر ادفعوا إليها أرضها تؤدى عنها الخراج وقال ابن أبي شبة وعبد الرزاق في مصنفهما حدثنا هشيم ابن بشير عن شيبان بن الحكم عن زبير بن عدي أن دهقاناً أسلم على عهد علي رضي الله عنه فقال علي إن أفت في أرضك رفعنا عنك الخراج عن رأسك وأخذناها من أرضك وإن تحولت عنها فحن أحق بها وقال ابن أبي شبة حدثنا حفص بن غياث عن محمد بن قيس عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي عن عمرو بن علي قال إذا أسلم له أرض وضعنا عنه الجزية وأخذنا خراجها قال المصنف (فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة) وصرح في كافي الحاكم بن أبي الكراهة قبل ولو قال من المسلم كان أولى وهو بناء على تعليقه بلفظ أخذ وهو غير مقصود فإن الأخذ يقوم بالامام وليس المقصود إفادة أنه هل يكره للإمام أخذ الخراج من المسلم بل المقصود إفادة حكم شراء المسلم الأرض الخراجية وتعرضه بذلك للأخذ منه هل يكره ذلك أولاً فيجب لفظ للمسلم ليعلم بالشراء في قوله فدل على جواز الشراء للمسلم وعدم الكراهة لا كما يقول بعض المتشقة رجة الله عليهم ورجناهم من كراهة ذلك لما روى أنه عليه الصلاة والسلام رأى شيأ من آلات الحرث فدخل هذا بيت قوم الاندلس ظنهم أن الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد أن المسلمين إذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر فعدوا عن الغزو فكري عليهم عدوهم فجعلوهم أذلة لا ما ذكره وإذا لا شك في أنه يجوز للمسلم التزام ما لا يجب عليه ابتداء ألا ترى أنه لو تكفل بجزية ذي جاز بلا كراهة (قوله ولا عشر في الخارج

وهذا يعرف ولا يفتى به كي لا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس) ورد بأنه كيف يجوز الكتمان وانهم لو أخذوا كان في موضعه لكونه واجبا واجبا وأجيب بأننا لو أفتينا بذلك لادعى كل ظالم في أرض ليس شأنها ذلك أنها قبل هذا كانت تزرع الزعفران فيأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان (قوله ومن أسلم من أهل الخراج) ظاهر (قوله من غير كراهة) احتراز عما يقوله المتشقة وهم طائفة من الصوفية أنه مكروه لأن النبي صلى الله عليه وسلم رأى شيأ من آلات الحرث فقال ما دخل هذا بيت قوم الاندلس فدخلوا أن المراد بالذل التزام الخراج وليس كذلك بل المراد أن المسلمين إذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر فعدوا عن الجهاد كره عليهم عدوهم وجعلوهم أذلة ولأن الصغار إن كان قائما يكون في الوضع ابتداء وأما بقاء فلا بخلاف خراج الرؤس فإنه ذل وصغار ابتداء وبقاء فلذلك لا يفتى بعد الإسلام

قال المصنف (وأدائه للمسلم من غير كراهة) أقول قال الاتقاني لو قال من المسلم لكان أولى اه فيه تأمل

من أرض الخراج) وقال الشافعي يجمع بينهما لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسيين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا يجمع عشر وخراج في أرض مسلم ولا أن أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجاءهم حجة ولا أن الخراج يجب في أرض قصت عنوة وقهر أو العشر في أرض أسلم أهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الأرض النامية لأنه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان إلى الأرض

(قوله وجبا في محلين بسيين مختلفين) يعني ولصرفين مختلفين أما اختلاف المحل فلأن الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج وأما اختلاف السبب فلأن سبب الخراج الأرض النامية تقديرا وسبب العشر الأرض النامية تحقيقا وأما اختلاف المصروف فان مصرف الخراج المقاتلة ومصرف العشر الفقراء (فلا يتنافيان) لأن التنافي انما يتحقق باتحاد المحل (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يجمع عشر وخراج في أرض مسلم) رواه أبو حنيفة عن جاد عن إبراهيم عن علقمة عن النبي صلى الله عليه وسلم (قوله والوصفان لا يجتمعان) لأن الطوع ضد الكره الحاصل من القهر وإذا لم يجمع السببان لم يثبت الحكم (قوله ولهذا يضافان إلى الأرض) يقال عشر الأرض وخراج الأرض

من أرض الخراج وقال الشافعي (يجمع بينهما لأنهما حقان مختلفان) ذاتا فان العشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج مؤنة فيها معنى العقوبة ومختلفان لأن سبب العشر الأرض النامية بالخارج تحقيقا وسبب الخراج الأرض النامية به تقديرا ومصرفا فصرف العشر الفقراء ومصرف الخراج المقاتلة وقد تحقق سبب كل منهما ولا منافاة بين الحقين فيجبان كوجوب الدين مع العشر والخراج قال المصنف (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا يجمع عشر وخراج في أرض مسلم) وهو حديث ضعيف ذكره ابن عدي في الكامل عن يحيى بن عنبسة حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجمع على مسلم خراج وعشر ويحيى بن عنبسة مضاعف إلى غاية حتى نسب إلى الوضع وإلى الكذب على أبي حنيفة وأما أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم فجاء يحيى وصلة نعم انما روى عن التابعين مثل الثوري والشعبي وعكرمة كذا كراهه ورواه ابن أبي شيبة عن الشعبي حدثنا إبراهيم بن المغيرة حدثنا عبد الله بن المبارك عن حمزة السلولي عن الشعبي قال لا يجمع عشر وخراج في أرض وقال حدثنا أبو غنيم حدثنا يحيى بن واضح عن أبي المنيب عن عكرمة قال لا يجمع عشر وخراج في مال وحاصل هذا كما ترى ليس الا نقل مذهب بعض التابعين ولم يرفعوه فيكون حديثنا مرسلا وقد نقل ابن المبارك الجمع بينهما مذهب الجماعة آخره في هذا نقل المذهب لاستدلال وأما قوله (ولأن أحدا من الأئمة إلى آخره) فقد منع بنقل ابن المنذر الجمع في الأخذ عن عمر بن عبد العزيز بقرينة عدم الأخذ من غيره جاز كونه لتفويض الدفع إلى المالك فلم يتعين قول صحابي بعدم الجمع ليجوز به من يخرج بقولهم على أن فعل عمر بن عبد العزيز يقتضي أن ليس عمر رضي الله عنه على منع الجمع لأنه كان متبعه مقتفيا لا ناره وما ذكرناه عنه فيما تقدم من كتبه في جواب السائل في مسألة جسد الجزية والخراج إذا رجعت إليه يفيد ذلك ثم المصنف منع تعدد السبب وجعل السبب فيهما معا الأرض ولا مانع أن يتعلق بالسبب الواحد وهو الأرض هنا وظفتان مع أن العمومات تقتضيه من قوله عليه الصلاة والسلام ما سقت السماء ففيه العشر فإنه يقتضي أن يؤخذ مع الخراج أن كان ولا أن تعدد الحكم واتحاده بتعدد السبب واتحاده وسبب كل من الخراج والعشر الأرض النامية (الأنه يعتبر النماء في العشر تحقيقا) لأنه اسم اضافي فالعشر لا يتحقق خارج لا يتحقق عشره (وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان إليها) فيقال خراج الأرض وعشر الأرض والاضافة دليل السببية وكون الأرض مع النماء التقديري غير الأرض مع التحقيق مخالفة اعتبارية لاحقية فالأرض النامية هي السبب وإذا اتحد السبب اتحد الحكم وصار كزكاة التجارة والسائمة فان السبب واحد بالذات وهو الغنم مثلا وهو مع ذلك لا يقال الغنم مع السوم غيرها مع قصد التجارة فيجب كل منهما لتعدد السبب وأما قوله (ولأن الخراج يجب في الأرض إذا قصت عنوة وقهر أو العشر في الأرض إذا أسلم أهلها) عليها ولازم الأول الكره ولازم الثاني الطوع وهما متنافيان فلا يجتمعان فعلوم أن بعض صور الخراج يكون مع الفتح عنوة وهو ما إذا أقر أهلها عليها وكذا بعض صور العشر وهو ما إذا قصتها عنوة وقسمها بين الغائبين كما أن بعض صور الخراج لا يكون مع العنوة والقهر بل للصالح أو بأن أحباها وسقاها بما لا ينهار الصغار أو كانت قريبة من أرض الخراج على

وقوله (وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما) أي العشر أو الخراج صورته رجل اشترى أرض عشر أو خراج التجارة لم يكن عليه زكاة التجارة مع العشر أو الخراج عندنا وعند محمد أن عليه زكاة التجارة مع العشر أو الخراج وهو قول الشافعي ومفرعها توهم اختلاف المحلين أن محل العشر الخراج ومحل الزكاة عين مال التجارة وهو الأرض فلم يجز معاً في محل واحد فوجب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدين مع العشر ولنا أن المحل واحد لأن كلا منهما مؤنة الأرض النامية وكذلك الزكاة وظيفة المال النامي وهو الأرض وكل منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله تعالى كما لا يجب زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد وإذا ثبت أنه لا وجه للجمع بينهما قلنا العشر والخراج صارواظيفين لازمتين لهذه الأرض (٣٦٧) فلا يسقطان باسقاط المال وهو

أسبق ثبوتاً من زكاة التجارة التي كان وجوبها بنية فلهذا بقيت عشرية وخراجية كما كانت وبقوله وكل واحد منهما يجب حقا لله خرج الجواب عن وجوب الدين مع العشر فإن الدين يجب للعباد والعشر لله تعالى فلا تنافي بينهما فيجبان وإن كانا بسبب ملك واحد والباقي ظاهر

باب الجزية

لما فرغ من ذكر خراج الأراضي ذكر في هذا الباب خراج الرؤس وهو الجزية لأنه قدم الأول لأن العشر يشترك في سببه وفي العشر معنى القربة وبيان القربات مقدم والجزية اسم لما يؤخذ من أهل النعمة والجمع الجزى كالعبية والهي وانما سميت بها لأنها تجزى عن الذي أي تقضى ونكسفي عن القتل فإنه إذا قبلها سقط عنه القتل قال الله تعالى فأتوا الذين لا يؤمنون بالله إلى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فإن

وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما (ولا يتكرر الخراج بتكرار الخراج في سنة) لأن عمر لم يوظفه مكرراً بخلاف العشر لأنه لا يتحقق عشر إلا بوجوبه في كل خارج والله أعلم

باب الجزية

الخلاف ومع هذا فالذي يغلب على الظن أن الراشدين من عمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم أجمعين لم يأخذوا عشر من أرض الخراج والانتقل كما نقل تفاصيل أخذهم الخراج بهذا نقض العادة وكونهم فروضوا الدفع إلى الملاك في غاية البعد رأيت إذا كان العشر وظيفة في الأرض التي وظيف فيها الخراج على أهل الكفر هل يقرب أن يتولوا أخذ وظيفة ويكفوا الأخرى إليهم ليس لهذا معنى وكيف وهم كفار لا يؤمنون على أدائه من طيب أنفسهم وإذا كان الظن عدم أخذ الثلاثة صح دليلاً بفعل الصحابة خصوصاً الخلفاء الراشدين ويكون اجتماع ذكر الاستيعاب لا يجتمع الجبر والضمان عندنا والعقر والحد والجلد والنقي وكذا الرجم مع الجلد وزكاة التجارة مع صدقة الفطر والشافعي يوافق في الجلد مع الرجم وما سواه يجمع (وكذا الزكاة مع أحدهما) أي العشر والخراج خلافاً للشافعي وصورته إذا اشترى أرض عشر أو خراج بقصد التجارة عليه العشر أو الخراج وليس عليه زكاة التجارة عندنا وإنما يعكس لأن العشر والخراج الرمز للأرض بخلاف الزكاة فإنه يشترط فيه مالاً يشترط فيهما (قوله ولا يتكرر الخراج بتكرار الخراج في سنة لأن عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكرراً) في سنة بتكرار الخراج على الطريقة التي قدمناها وقد يوازي بها تعلق الخراج بالتمكين فيستويان فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكين وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع فيها مراراً والعشر له شدة وهو تكرر بتكرار خروج الخراج وخفة بتعلقه بعين الخراج فإذا عطلها لا يؤخذ بشيء فإن أثبت الخفة للعشر مطلقاً باعتبار الأغلب وهو عدم تكرار الزرع في العام قلنا وكذلك ليس في الغالب أن تعطل الأرض من الزراعة بالكلية ويؤخذ الخراج من أرض المرأة والصبي والأراضي الموقوفة لأن وقفها بالخراج من مستحق إلى مستحق وبذلك لا يبطل الخراج كالبيع والهبة وينبغي أن يطالب بذلك الناظر

باب الجزية

هذا هو الضرب الثاني من الخراج وقدم الأول لقوته إذ يجب أسلموا ولم يسلموا بخلاف الجزية لا يلزمون بها إلا إذا لم يسلموا ولأنه حقيقة الخراج لا إذا أطلق الخراج فاعلمنا بتبادر خراج الأرض ولا يطلق على الجزية إلا مقيداً فيقال خراج الرأس وعلامة الجواز لزوم التقيد وتجميع الجزية على جرى كعبية

قبل الكفر معصية وهو أعظم الكبائر فكيف يصح أخذ البدل على تقريره أجيب بأن الجزية لم تكن بدلاً عن تقرير الكفر وإنما هي عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين فجاز كاسقاط الفصاص بعوض أو هي عقوبة على الكفر فيجوز كالأسترقاق

قال المصنف (وعلى هذا الخلاف الزكاة) أقول لو اشترى أرضاً عشرية أو خراجية للتجارة ففيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة عندنا وعند محمد يجب الزكاة مع أحدهما أو محمد معه فيه ودلائل الطرفين مذكورة في الشروح

باب الجزية

(قوله أجيب بأن الجزية إلى قوله كالأسترقاق الخ) أقول هذا الجواب مع سؤالي في شرح الاتفاق إلا أن الأظهر في الجواب هو النقي الأول حيث يوهم الثاني جواز وضع الجزية على النسون والزمن وأمثالهما ثم يجوز أن يجاب بأنه بدل عن التصير لما سيجي فليتنا مل

(قوله وهي على ضربين) ظاهر ونجران بلادواهلها نصارى والحلة ازار وزداهو المختار ولا تسمى حلة حتى تكون ثوبين وقوله (ولان الموجب هو التراضي) (٣٦٨) أى الموجب لتقرير ما وقع عليه الاتفاق من المال هو التراضي لا الموجب

لرجوب الجزية فان
موجبه في الاصل اختيارهم
البقاء على الكفر بعد أن
غابوا وقوله (قبض على
الغني الظاهر الغني) قال
الامام نجران الاسلام من
ملك مادون المائتين أولا
عملك شيئا لكنه معتمل
فعليه اثنا عشر ومن ملك
مائتي درهم فصاعدا الى
عشرة آلاف درهم وهو
معتمل أيضا فعليه أربعة
وعشرون درهما ومن ملك
عشرة آلاف درهم
فصاعدا الى ما لا نهاية
وهو معتمل أيضا فعليه
ثمانية وأربعون ثم قال
وانما شرط المعتمل لان
الجزية عقوبة فانما تجب
على من كان من أهل
القبائل حتى لا يلزم الزمن
منهم جزية وان كان
مفرطاً في اليسار قال
والمعتمل هو الذي يقدر على
العمل وان لم يحسن حرفة
وكان الفقيه أبو جعفر يقول
ينظر الى عادة كل بلدان
عادة البلدان مختلفة في
الغني ألا ترى أن صاحب
خمس مائة ألفا يبلغ بعد من
المكثرين وان كان بغداد
أو بالبصرة لا بعد من المكثرين
وفي بعض البلدان صاحب
عشرة آلاف بعد من المكثرين
فيعتبر عادة كل بلد وذكر

(وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق) كما صالح رسول الله
صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير
ما وقع عليه الاتفاق (جزية يتدئ الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار وأقرهم على أملا كهـم
فيضع على الغني الظاهر الغني في كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منهم م في كل شهر أربعة دراهم
وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل
شهر درهما) وهذا عندنا وقال الشافعي يضع على كل حالم ديناراً أو ما يعادل الدينار الغني والفقير
في ذلك سواء لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ خذ من كل حالم وحالة ديناراً

ولحقى وهي في اللغة الجزاء وانما بنيت على فعلة للدلالة على الهيمنة وهي هيئة الاذلال عند الاعطاء على
ما يعرف (وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح) عليها (فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق)
فلا يراد عليه نجران عن الغدر وأصله صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران وهم قوم نصارى
يقرب اليمن على أني حلة في العام على ما في أبي داود عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال صالح
رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على أني حلة النصف في صفر والنصف في رجب انتهى
وصالح عمر رضي الله عنه نصارى بنى تغلب على أن يؤخذ من كل منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم من المال
الواجب فلزم ذلك وتقدم تفصيله في الزكاة هذا وقد قال أبو يوسف في كتاب الخراج وأبو عبيدة في
كتاب الاموال في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أهل نجران بعد أن قال على أني حلة كل حلة
أوقية يعني قيمتها أوقية وقول الولوالجي كل حلة خمسون درهما ليس بصحيح لان الأوقية أربعون درهما
والحلة ثوبان ازار ورداه وتعتبر هذه الحلة في مقابلة ما يؤخذ من رؤسهم وأراضيهم قال أبو يوسف
ألف حلة على أراضيهم وعلى جزية رؤسهم تقسم على رؤس الرجال الذين لم يسلموا وعلى كل أرض من
أراضي نجران وان كان بعضهم قد باع أرضه أو بعضها من مسلم أو ذمي أو تغلي والمرأة والصبي في ذلك
سواء في أراضيهم وأما جزية رؤسهم فليس على النساء والصبيان اه يعني أن ما وقع عليه الصلح يؤخذ
سواء باع بعضهم أرضه أو لم يبيع ثم اذا باع أرضه يؤخذ ما وقع عليه الصلح على حاله ويؤخذ الخراج
من المشتري المسلم وعشرون من التغلي المشتري وقول المصنف على ألف ومائتي حلة غير صحيح وكذا
قوله بنى نجران فان نجران اسم أرض من حيز اليمن لا اسم أبي قبيلة فلذا كان الثابت في الحديث أهل
نجران (و) الضرب الثاني (جزية يتدئ الامام بتوظيفها اذا غلب على الكفار) ففتح بلادهم (وأقرهم على
أملا كهـم) فهذه مقدرة بقدر معلوم شاؤا أو أبوا رضوا أو لم يرضوا (فيضع على الغني في كل سنة ثمانية
وأربعين درهما) بوزن سبعة (يأخذ من أحدهم في كل شهر أربعة دراهم وعلى أوسط الحال أربعة
وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما) واحداً
(وقال الشافعي يضع على كل حالم) أى بالغ (ديناراً) أو اثني عشر درهما وقال به بعض مشايخهم الامام
مخير بينهما والدينار في القواعد الشرعية بعشرة الا في الجزية فانه يقابل باثني عشر درهما لان عمر رضي
بذلك وعند عامة اصحابهم لا يعتبر الدينار الا بالسعر والقمة ويستحب للامام أن يما كسبهم حتى
يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغني أربعة دنانير وقال مالك رحمه الله يؤخذ من الغني أربعون
درهما أو أربعة دنانير ومن الفقير عشرة دراهم أو دينار وقال الثوري وهو رواية عن أحمد هي غير
مقدرة بل تفوض الى رأى الامام لانه عليه الصلاة والسلام أمر معاذاً بأخذ الدينار وصالح هو عليه
الصلاة والسلام نصارى نجران على أني حلة وعمر جعل الجزية على ثلاث طبقات كما هو قولنا وصالح

هذا القول عن أبي نصر محمد بن سلام وقوله صلى الله عليه وسلم من كل حالم وحالة معناه بالغ وبالغة بنى

قال المصنف (كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم) أقول الكاف للتعليل ولذلك عطف عليه قوله ولان الموجب الخ

أوعده معاف من غير فصل ولأن الجزية إنما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المذهب المنتظم الفقير والغني ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلى ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والانصار ولأنه وجب نصرة للقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض

بنى تغلب على ضعف ما يؤخذ من المسلمين فهذا يدل على أنه لا تقدر فيه ابشي معين بل مفوض الى رأى الامام حتى لو نقص عن الدينار جاز وعن أحمد روايتان أخريان أحدهما كقولنا والآخرى كقول الشافعي وجه قوله ما رواه أبو داود والترمذي والنسائي عن الأعشى عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وأمرني أن آخذ من البقر من كل ثلاثين نبيعا أو نبيعة ومن كل أربعين مسنة ومن كل حالم دينار أو عده معاف من غير فصل بين غني وفقير قال الترمذي حديث حسن وذكر أن بعضهم رواه عن مسروق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسل قال وهو أصح ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه فهذا كما ترى ليس فيه ذكر الحاملة وفي مسند عبد الرزاق حديث مأمور وسفيان الثوري عن الأعشى عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث معاذ الى أن قال ومن كل حالم أو حاملة دينار أو عده معاف وكان مأمورا يقول هذا غلط ليس على النسائي وفيه طرق كثيرة فيها ذكر الحاملة وقال أبو عبيد وهذوا الله أعلم فيما نرى منسوخ إذ كان في أول الاسلام نساء المشركين وولداهم يقتلون مع رجالهم ويستنضاه لذلك يمارى الصعب بن جثامة أن خيلا أصابت من أبناء المشركين فقال عليه الصلاة والسلام هم من آبائهم ثم أسند أبو عبيد عن الصعب بن جثامة قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أولاد المشركين أنقتلهم معهم قال نعم فانهم منهم ثم نهى عن قتلهم يوم خيبر والعدل بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس والمعاقرى ثوب منسوب الى معاف بن مرة ثم صار اسما للثوب بلانسيبة ذكره في المغرب وفي الفوائد الظهيرية معاقرى من همدان تنسب اليه هذه الثياب المعاقرية وهذا ذكره ابن فارس في الجمل وفي الجهرة لابن دريد المعاقر بفتح الميم موضع باليمن تنسب اليه الثياب المعاقرية وفي غريب الحديث للقتبي البرد المعاقرى منسوب الى معاف من اليمن وفي الجهرة قال الأصمعي ثوب معاقر غير منسوب فنسب فهو خطأ عنده (ولأن الجزية إنما وجبت بدلا عن القتل ولهذا لم تجب على من لم يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المذهب المنتظم) فيه (الغنى والفقير) لأن كلامهم يقتل (قوله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلى) ذكره الأصحاب في كتبهم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن الحكم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجه حديثه بن الإيمان وعثمان ابن حنيفة الى السواد ففسها أرضها ووضعها عليهم الخراج وجهه لالناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا أخبرا بذلك ثم عمل عثمان كذلك ثم عمل على كذلك وروى ابن أبي شيبة حديثا على بن مسهر عن الشيباني عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر بن الخطاب في الجزية على رؤس الرجال على الغنى ثمانية وأربعين درهما وعلى المتوسط أربعة وعشرين وعلى الفقير اثني عشر درهما وهو مرسل ورواه ابن زنجويه في كتاب الأموال حديثا أبونعيم حدثنا منديل عن الشيباني عن أبي عون عن المغيرة بن شعبة أن عمر وضع الى آخره وطريق آخر رواه ابن سعد في الطبقات الى أبي نصر أن عمر وضع الجزية على أهل الذمة فيما فتح من البلاد فوضع على الغنى الى آخره ومن طريق آخر أسنده أبو عبيد القاسم بن سلام الى حارثة بن مضرب عن عمر أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين واثني عشر وقد كان ذلك بمحضرة الصحابة بلانكير في محل الاجتماع ثم عارض المصنف معناه بقوله (ولأنه) أي الجزية (وجب نصرة للقاتلة) أي خلفاء عن نصرة مقاتلة أهل الدار لأن من هو من أهل دار الاسلام عليه نصرته وقد فانت عيولهم الى أهل الدار المعادين للانصار اهرهم

(أوعده معاف) أي أؤخذ
مثل دينار برء من هذا
الجنس يقال ثوب معاقرى
منسوب الى معاف بن مرة
ثم صله اسم بغير نسبة
وذكر في الفوائد الظهيرية
معاقرى من همدان ينسب
اليه هذا النوع من الثياب
وعدل الشيء بفتح العين
مثله اذا كان من خلاف
جنسه وبالكسر مثله من
جنسه (قوله ولا توجب
نصرة للقاتلة) وكل ما وجب
نصرة للقاتلة وجب متفلاونا
(كافي خراج الارض)

وقوله (وهذا) إشارة إلى قوله ولأنه وجبت نصرته للمقاتلة يعني وإنما قلنا إن الجزية وجبت نصرته للمقاتلة لأنها تجب بدلا عن النصره للمسلمين
يبدل النفس والمال لأن كل من كان من أهل دار الإسلام تجب عليه النصره للدار بالنفس والمال قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا هل
أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب (٣٧٠) أليم تؤمنون بالله ورسوله وتجاهدون في سبيل الله بأموالكم وأنفسكم ذلكم

نحسب لكم أن كنتم تعلمون
لكن الكافر لما لم يصلح
لنصرته تالميله إلى دار الحرب
اعتقاداتهم الخراج المأخوذ
منه المصروف إلى الغزاة
مقام النصره بالنفس ثم
النصره من المسلم تتفاوت
إذا الفقير ينصر دارا راجلا
ومتوسط الحال ينصرها
والبكاوير راجلا والموسر
بالركوب بنفسه وراكبا
غيره ثم الأصل لما كان
متفاوتا تتفاوت الخراج
الذي قام مقامه فان قيل
النصره طاعة الله وهذه
عقوبة فكيف تكون
العقوبة خلفا عن الطاعة
أجيب بأن الخليفة عن
النصره في حق المسلمين لما
فيه من زيادة القوة للمسلمين
وهم يثابون على تلك الزيادة
الحاصلة بسبب أموالهم
عنزلة مال وأعاروا دوابهم
للمسلمين (ومارواه محمول
على أنه كان صلحا) والدليل
على ذلك أنه أمر بالآخذ من
النساء والجزية لا تجب
على النساء قال (وتوضع
الجزية على أهل الكتاب)
سواء كانوا من العرب أو من
الجم (لقوله تعالى من الذين
أوتوا الكتاب حتى يعطوا
الجزية

وهذا لأنه وجب بدلا عن النصره بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفرة وقلته فكذا ما هو بدله
ومارواه محمول على أنه كان ذلك صلحا ولهذا أمره بالآخذ من الحاملة وإن كانت لا يؤخذ منها الجزية
قال (وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس) لقوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا
الجزية الآية

على الكفر ولهذا صرفت إلى المقاتلة ووضعت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال لو كانوا مسلمين
فتختلف باختلاف حالهم لأن نصرته الغنى لو كان مسلما فوق نصرته المتوسط والفقير فانه كان ينصر
را بكاويركب معه غلامه والمتوسط را بكافق والفقير راجلا وهذا معنى قول المصنف (وذلك)
أي النصره (يتفاوت بكثرة الوفرة وقلته فكذا ما هو بدله) يعني الجزية والخارج الأراض فانه وجب
على التفاوت فأورد عليه لو كانت خلفا عن النصره لزم أن لا تؤخذ منهم لو قاتلوا مع المسلمين سنة منبرعين
أو يطلب الإمام منهم ذلك والحال أنها تؤخذ منهم مع ذلك أجيب بأن الشارع جعل نصرتهم بالمال
وليس للإمام تغيير المشرع وتحقيقه أن النصره التي كانت نصرته للمسلمين فنصرته للاسلام فانت بالكلية
فأدلت بالمال وليس نصرتهم في حال كفرهم تلك النصره الفاتية فلا يبطل خلفها ثم سيجي مما يفيد
أن الجزية خلف عن قتلهم والوجه أنها خلف عن قتلهم ونصرتهم جميعا قال (ومارواه) من وضع الديار
على الكل (محمول على أنه كان صلحا) فان اليمن لم تفتح عنوة بل صلحا فوقع على ذلك وقتلنا ولا أن أهل اليمن
كانوا أهل فاقة والنبي صلى الله عليه وسلم يعلم فقرهم ما على الفقراء يدل على ذلك ما روى البخاري
عن أبي نعيم قلت لجابر ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير وأهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك
من قبل اليسار هذا ثم اختلف في المراد من الغنى والمتوسط والفقير فقيل إن كان له عشرة آلاف درهم
فهو موسر ومن كان له مائتان فصاعدا ما لم يصل إلى العشرة فتوسط ومن كان معتملا فهو مكنتسب
وعن بشر بن غياث من كان له عاك قوته وقوت عياله وزبادة فموسر وإن ملك بلافضل فهو الوسيط ومن لم يكن
له قدر الكفاية فهو المعتمل أي المكنتسب وقال الفقيه أبو جعفر ينظر إلى عادة كل بلد في ذلك ألا ترى
أن صاحب خسين ألفا يبلغ بعد من المكنتسب وفي البصرة وبغداد لا يعد مكنتسا وذكره عن أبي نصر
محمد بن سلام ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة والمعتمل المكنتسب والاعتمال الاضطراب في
العمل وهو الاكنتساب وفيه بالاعتمال لأنه لو كان مريضاً في نصف السنة فصاعداً لا يجب عليه شيء أما
لو لم يعمل وهو قادر فعليه الجزية كن عطل الأرض (قوله) وتوضع الجزية على أهل الكتاب اليهود
ويدخل فيهم السامرة فانهم يدينون بشريعة موسى صلى الله عليه وسلم إلا أنهم يخالفونهم في فروع
والنصارى ويدخل فيهم الفرنج والارمن لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر
ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد
وهم صاغرون وأما الصابئون فعلى الخلاف من قال هم من النصارى أو قال هم من اليهود فهم من أهل
الكتاب ومن قال يعبدون الكواكب فليسوا من الكتابيين بل كعبدة الأوثان وفي فتاوى قاضخان
وتؤخذ أي الجزية من الصابئة عند أبي حنيفة خلافاً لهما وأطلق في أهل الكتاب فشم أهل
الكتاب من العرب والجم وأما المجوس عبدة النار في البخاري ولم يكن عمر رضي الله عنه أخذ الجزية
من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر

(قوله لأنها تجب بدلا عن النصره) أقول من ههنا إلى قوله قام مقامه عين عبارة الاتقاني (قوله لأن كل من كان من وهذا
أهل دار الإسلام يجب عليه النصره للدار بالنفس والمال قال الله تعالى الخ) أقول في الدلالة بحث (قوله فان قيل النصره طاعة الخ)
أقول السؤال والجواب مذ كوران في النهاية

(وعلى المجوس لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الجزية على المجوس) روى البخاري أن عمر رضي الله عنه لم يكن يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر وهجر اسم بلدي البصريين (وعبد الاوثان من العجم) وهو بالجر عطف على أهل الكتاب وقد بقوله من العجم احترازاً عن عبدة الاوثان من العرب فإنه لا توضع عليهم الجزية على ما ذكر في الكتاب (وفيه خلاف الشافعي رحمه الله) وكلامه ظاهر (ولنا أنه يجوز استرقاقهم) وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم (لأن كل واحد منهم ما يشتمل على سلب النفس منهم) أما الاسترقاق فظاهر لأن نفع الرقيق يعود اليانحة وأما الجزية فلأن الكافر يؤديها من كسبه والحال أن نفقته في كسبه فكان إذا (٣٧١) كسبه الذي هو سبب حياته الى

المسلمين دائرة راتبه في معنى أخذ النفس منه حكماً ونقض بأن من جاز استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه بل جاز ضربها على النساء والصبيان واللازم باطل وأجيب بأن ذلك لمعنى آخر وهو أن الجزية بدل النصر ولا نصره على المرأة والصبي فكذا بدله وهذا ليس بدافع بل هو مقر للنقض والصواب أن قبول الحمل شرط تأخير المؤثر فكان معنى قوله وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم إذا كنا نحمل قابلاً للمرأة والصبي ليس كذلك لأن الجزية إنما تكون من الكسب وهما عاجزان عنه وقوله (وان ظهر عليهم) أي على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم (قبل ذلك) أي قبل وضع الجزية (ولا نوضع) الجزية (على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ) يعني مشركي العرب المرتدين (قد تغلظ) فلم يكونوا في معنى العجم (أما العرب فلأن القرآن نزل بلغتهم فالحجزة في حقهم أظهر) فكان كفرهم والحالة هذه أغلظ من كفر العجم (وأما المرتدون فلأن كفرهم بعد ما هدوا للاسلام ووقفوا على محاسنه) فكان كذلك (فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام أو السيف

ووضع رسول الله صلى الله عليه وسلم الجزية على المجوس قال (وعبد الاوثان من العجم) وفيه خلاف الشافعي هو بقول ابن القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا أن عرفنا جواز تركه في حق أهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر ففي من وراهم على الاصل ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم إذ كل واحد منهم ما يشتمل على سلب النفس منهم فإنه يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه (وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونسأؤهم وصبيانهم في) لجواز استرقاقهم (ولا نوضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين) لان كفرهما قد تغلظ أما مشركي العرب فلأن النبي صلى الله عليه وسلم نساين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالحجزة في حقهم أظهر وأما المرتدون فلا ته كفر بربه بعد ما هدوا للاسلام ووقفوا على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام أو السيف

وهذا قول المصنف (ووضع عليه الصلاة والسلام الجزية على المجوس) وهجر بلدة في البحرين (قوله وعبد الاوثان) بالجر أي يوضع على عبدة الاوثان من العجم (وفيه خلاف الشافعي هو بقول القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا أن عرفنا جواز تركه) الى الجزية (في حق أهل الكتاب بالقرآن) أعني ما تلوناه من قوله تعالى حتى يعطوا الجزية (وفي المجوس بالخبر) الذي ذكرناه في صحيح البخاري (ففي من وراهم على الاصل) ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم (بجميع أن كلام الاسترقاق والجزية (يشتمل على سلب النفس منهم) أما الاسترقاق فظاهر أنه يصير منفعة نفسه لنا وكذا الجزية (فإنه يكتسب ويؤدي الى المسلمين) (الحال أن) (نفقته في كسبه) فقد أدى حاجة نفسه البناء وبعضها هذه المعنى يوجب تخصيص عموم وجوب القتال الذي استدل به وذلك لانه عام مخصوص بانخراج أهل الكتاب والمجوس عن سلب قبولهم الجزية كما ذكرنا في تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وانما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لأنهم صاروا أتباعاً لاصولهم في الكفر فكانوا أتباعاً في حكمهم فكان الجزية على الرجل واتباعه في المعنى ان كان له أتباع والافهسي عنه خاصة (قوله وان ظهر عليهم) أي على من تقدم ذكرهم من أهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم (قبل ذلك) أي قبل وضع الجزية (فهم في) وللإمام الخيارات بين الاسترقاق وضرب الجزية (قوله ولا نوضع) الجزية (على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما) يعني مشركي العرب المرتدين (قد تغلظ) فلم يكونوا في معنى العجم (أما العرب فلأن القرآن نزل بلغتهم فالحجزة في حقهم أظهر) فكان كفرهم والحالة هذه أغلظ من كفر العجم (وأما المرتدون فلأن كفرهم بعد ما هدوا للاسلام ووقفوا على محاسنه) فكان كذلك (فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام أو السيف

استرقاقهم) ولا نوضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ (على ما ذكر في الكتاب) وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه الا السيف أو الاسلام

قال المصنف (فإنه يكتسب الخ) أقول دليل على اشتغال ضرب الجزية عليه (قوله فكان إذا كسبه الذي هو سبب حياته الى المسلمين دائرة راتبه في معنى أخذ النفس منه حكماً) أقول قوله دائرة حال وقوله راتبه حال أيضاً وقوله في معنى خبر كان ثم أقول وفي الكافي لما جاز استرقاقهم بالإجماع جاز ضرب الجزية عليهم لأنهم ما يعتدلان معنى فالرقيق يصير منادياً كالذي ورفقه يعود اليانحة كالجزية يعود اليانحة له فعلم منه أن الأولى للشارح أن لا يذ كر دائرة (قوله وهذا ليس بدافع الخ) أقول فيه بحث فإنه لا يجوز أن يقال المراد وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم إذا كانوا من أهل النصر فإنها بدل النصر في حق المسلمين كما سبق أنفا

(زيادة في العقوبة) عليه ولقائل أن يقول هذا منقوض بأهل الكتاب فإنه نغلظ كفرهم فأنهم عرفوا النبي معرفة عامة عمرة مشخصة ومع ذلك أنكره وغير اسمه ونعته من الكتب وقد قبل منهم الجزية وأيضاً الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان من العرب بجواز استرقاقهم دون عبدة الاوثان مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم يوم أوطاس لو جرى رفق على عربي لجرى اليوم من غير فصل بين عبدة الاوثان وأهل الكتاب والجواب عن الاول أن القياس كان يقتضي أن لا تقبل منهم الجزية الا أنه ترك بالكتاب بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الآية وعن الثاني بأن مراده

(٣٧٣)

العرب ووالدواهم ليسوا بعرب في الاصل وانما العرب في الاصل عبدة الاوثان فانهم أميون وقوله (وجوابه ما قلنا) يريد به قوله لأن كفرهم ما قد تغلظ وقوله (واذا ظهر عليهم) أي على عبدة الاوثان من العرب والمرتين (ففساؤهم وصياتهم في) الا أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام دون ذراري عبدة الاوثان ونسائهم لأن الاجبار على الاسلام انما يكون بعد ثبوت حكم الاسلام في حقه وذراري المرتدين قد ثبت في حقهم تيمناً بأنهم يجبرون عليه والمرتدات كن مقدرات بالاسلام فيجبرن عليه بخلاف ذراري العبد ونسائهم وحنيفة أبوي من العرب وقيل المراد ببن حنيفة رهط مسيلة الكذاب (وقوله لما ذكرنا) إشارة الى قوله فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام أو السيف زيادة في العقوبة وقوله (لأنها وجبت بدلاً

زيادة في العقوبة) وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشرك كالعرب وجوابه ما قلنا (واذا ظهر عليهم ففساؤهم وصياتهم في) لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبياتهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانين (ومن لم يسلم من رجالهم قتل) لما ذكرنا (ولا جزية على امرأة ولا صبي) لأنها وجبت بدلاً عن القتل أو عن القتال وهم لا يقتل ولا يقتل ولا يقتل لعدم الاهلية قال (ولا زمن ولا أعى) وكذا المفوج والشيخ الكبير

زيادة في العقوبة) لزيادة الكفر (وعند الشافعي يسترق مشرك كالعرب) وهو قول مالك وأحمد لأن الاسترقاق اتلاف حكم فيجوز كما يجوز اتلاف نفسه بالقتل ولنا قوله تعالى قاتلوا منكم أو يسلمون أي الى أن يسلموا وروى عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال لا يقبل من مشركي العرب الا الاسلام أو السيف وذكر محمد بن الحسن عن يعقوب عن الحسن عن مقسم عن ابن عباس وقال أو القتل مكان أو السيف وعنه عليه الصلاة والسلام لا رفق على عربي وآخرجه اليه في عن معاذ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو كان ثابت على أحد من العرب رفق لكان اليوم قال المصنف (وجوابه ما قلنا) يعني من أن كفره أغلظ فلا يكون له حكم الاخف منه (قوله) وإذا ظهر عليهم أي على مشركي العرب والمرتين (ففساؤهم وصياتهم في) يسترقون لأنه عليه الصلاة والسلام استرق ذراري أوطاس وهوازن وأبو بكر استرق بني حنيفة أسند الواقدي في كتاب الردة في قتال بني حنيفة عن محمود بن لبيد قال ثم إن خالد بن الوليد صالهم على أن يأخذ منهم الصقرا والبضاه والكراع والسلاح ونصف السبي ثم دخل حصونهم صلحاً فأخرج السلاح والكراع والاموال والسبي ثم قسم السبي قسمين وأقرع على القسمين فخرج منهم على أحدهما وفيه مكتوب لله قال الواقدي وحدثني أبو الزناد عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر عن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنها قالت قد رأيت أم محمد بن علي بن أبي طالب وكانت من سبي بني حنيفة فلذلك سميت الحنيفة ويسمى ابنها محمد بن الحنفية قال وحدثني عبد الله بن نافع عن أبيه قال كانت أم زيد بن عبد الله ابن عمر من ذلك السبي وحنيفة أبوي من العرب سمي به لأن جدته ضربه حين النقيض فحلف رجله وضرب حنيفة يده فجدته ما سمي جدته وحنيفة بن (٣) فحجة بن صعب بن علي بن بكر بن وائل واعلم أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذراري عبدة الاوثان لا يجبرون وأما الزنادقة قالوا لو جاء زنديق قبل أن يؤخذ فآخراً زنديق وتاب تقبل فوبته فان أخذ ثم تاب لا تقبل فوبته ويقتل لأنهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا تؤخذ منه الجزية (قوله ولا جزية على امرأة ولا صبي) وكذا على مجنون بلا خلاف لأن الجزية بدل عن قتلهم على قول الشافعي أو عن قتالهم نصرة للمسلمين على قولنا وهو لا ليسوا كذلك (ولا على أعى أو زمن ولا المفوج) وعن الشافعي تؤخذ منهم لا اعتبارها بجزء الدار (ولا) تؤخذ (من الشيخ الكبير) الذي لا قدره على قتال ولا كسب

عن القتل) يعني في حق المأخوذ منه (أو عن القتال) أي عن النصرة في حقنا كما تقدم ولا يجب البذل الاعلى من يجب عليه الاصل والاصل وهو القتل أو القتال لا ينحقق في حق المرأة والصبي لعدم الاهلية فكذلك البذل

(قوله وأيضاً الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان من العرب بجواز استرقاقهم) أقول قوله من العرب بيان للضمير في قوله بينهم وبين عبدة الاوثان قال المصنف (لأن أبا بكر رضي الله عنه) أقول الدليل أخص من المدعى ويمكن التعميم بالقياس قال المصنف (استرق نسوان بني حنيفة) أقول قال في القاموس حنيفة كسفيئة لقب أمال بن لجيم أبي سحر منهم خولة بنت جعفر الحنفية أم محمد بن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه

لما بينا وعن أبي يوسف أنه يجب إذا كان له مال لانه يقتل في الجملة إذا كان له رأى (ولا على فقير غير معتل) خلافاً للشافعي له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتل وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولا أن خراج الأرض لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتل (ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدير وأم الولد) لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا يجب فلا يجب بالشك (ولا يؤدي عنهم مواليمهم) لأنهم يحملوا الزيادة بسببهم (ولا توضع على الرهبان الذين لا يخاطبون الناس) كذا ذكرهنا وذكر محمد عن أبي حنيفة أنه يوضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل

(وعن أبي يوسف تؤخذ منه إذا كان له مال لانه يقتل في الجملة إذا كان له رأى) في الحرب وجه الظاهر أنه لا يقتل ولا يقتل وهو المراد بقوله (لما بينا) والجزية بدل عنها ويقال زمن الرجل كعلم يزمن زمانه (قوله ولا على فقير غير معتل) أي الذي لا يقدر على العمل وإن أحسن حرفة وعلى قول الشافعي عليه الجزية في ذمته (له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه) وهو قوله عليه الصلاة والسلام خذ من كل عالم (ولنا أن عثمان لم يوظف الجزية على فقير غير معتل) أراد بعثمان هذا عثمان بن حنيف حين بعنه عمر رضي الله عنه وروى ابن زنجويه في كتاب الأموال حديثاً الهيم بن عدي عن عمر بن نافع قال حدثني أبو بكر العيسى صله بن زفر قال أبصر عمر شيخاً كبيراً من أهل الذمة يسأل فقال له مالك قال ليس لي مال وإن الجزية تؤخذ مني فقال له عمر ما أنصفناك أكلنا شيبينك ثم أخذ منك الجزية ثم كتب إلى عماله أن لا يأخذوا الجزية من شيخ كبير (ولا أن خراج الأرض كما لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا خراج الرأس) بجامع عدم الطاقة لحكمة دفع الضرر الدنيوي (والحديث محمول على المعتل) بالمعنى الذي ذكرنا وتوظيف عمر المقترن بالاجماع جمع بين الدليلين فان قلت ماتت مائة من توظيف عمر ليس فيه المعتل قلنا قد جاء في بعض طرقه وعلى الفقير المكتسب اثني عشر درهماً أخرجه البيهقي لا يقال فنفيه عن غير المكتسب بالمفهوم المخالف ولا يقولون به لأننا نقول ليس ذلك بل لازم بل جاز أن يضاف إلى الأصل وهو عدم التوظيف على من لم يذكر ثم انما توظف على المعتل إذا كان ههنا في أكثر السنة والأفلا جزية عليه لان الانسان لا يخلو عن قليل مرض فلا يجعل القليل منه عذراً وهو ما نقص عن نصف العام (قوله ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدير وأم الولد) لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى الاعتبار الأول يجب لان المملوك الحربي يقتل (وعلى الاعتبار الثاني لا يجب) لان المملوك عاجز عن النصرة فامتنع الأصل في حقه فامتنع الخلف لان شرطه انتفاء الأصل وامكانه فدار بين الوجوب وعدمه (فلا يجب بالشك) والوجه أن يقال انها بدل عن القتل في حقهم وعن القتال في حقنا جميعاً فلا يتحقق الثاني لما ذكرنا فلم يتحقق الموجب لانتفاء الكل بنفي الجزء وهذا ما ذكره فيما يلي هذه المسئلة وإذا كان خلفاً عن المجموع فلا يحسن قوله فلا يجب بالشك بل لا يجب بلا شك ثم لا يخفى أن ذكر أم الولد ليس على ما ينبغي فان من المعلوم أن الجزية على النساء ولعله ابن أم الولد فسقطت لفظة ابن (قوله ولا يؤدي عنهم مواليمهم) يعني لما قلنا لا توضع عليهم جاز أن يقال انها تؤخذ من مواليمهم فيؤدون عنهم فأزال هذه الاحتمال بقوله ولا يؤدي عنهم مواليمهم (لأنهم يحملوا الزيادة) في الجزية حتى لنهم جزية الأغنياء (بسببهم) فلا يؤخذ منهم شيء آخر والا كانوا ملزمين بجزيتين ويقرر بوجه آخر وهو أنهم يحملوا الزيادة بسببهم فكانت الجزية عنه وعنهم معنى شرعاً فلا يجب شيء آخر وهذا بناء على أن غنى الملاك بهم لأنهم مال ويجرون المال بالكسب (قوله ولا توضع على الرهبان) جمع راهب وقد يقال للواحد رهبان أيضاً وشرط أن لا يخاطب الناس ومن خالف منهم عليه الجزية (هكذا ذكر) القديري (وذكر محمد عن أبي حنيفة أنه يوضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل

وقوله (لما بينا) يعني قوله وهما لا يقتلان ولا يقاتلان وقوله (له اطلاق حديث معاذ) هو قوله عليه الصلاة والسلام خذ من كل عالم وحالة وقوله (وعلى اعتبار الثاني لا يجب) يعني أن الجزية بدل عن الأمرين كما مر تقريره وعلى اعتبار الأول يجب وضع الجزية لان الأصل يتحقق في حق المالك لان المملوك الحربي يقتل فيتحقق البدل أيضاً وعلى اعتبار الثاني لا يجب لان العبد لا يقدر على النصرة فلا يجب عليه بدله وقوله (لأنهم يحملوا الزيادة بسببهم) أي صار مواليمهم بسببهم من صنف الأغنياء أو وسط الحال حتى وجب عليهم زيادة على مقدار الواجب على الفقير المعتل فلو قلنا بوجوبها على الموالى بسببهم لكان وجوب الجزية مرتين بسبب شيء واحد وذلك لا يجوز وقوله (ولا توضع على الرهبان) واضح

قال (ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه) إذا أسلم من عليه الجزية أو مات كافر أو غي أو صار زمنياً أو مقعداً أو شجاعاً كبيراً لا يستطيع العمل أو فقيراً لا يقدر على شيء وبقيت عليه الجزية سقطت عنه عندنا سواء كانت هذه العوارض قبل استكمال السنة أو بعدها (خلافاً للشافعي رحمه الله) أنه أوجب بدلاً عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل إليه المعوض (وكل ما وجب بدلاً عن شيء وقد وصل إليه المعوض لا يسقط عنه المعوض بهذا العارض) أي بالاسلام أو الموت (كفاية الأجرة والصلح عن دم العمد) فان الذي إذا استوفى منافع الدار المستأجرة ثم أسلم أو مات لا تسقط عنه الأجرة لأن المعوض قد وصل إليه وهي منافع الدار وكذا إذا قتل الذي رجلا عمداً ثم صالح عن الدم على بدل معلوم ثم أسلم أو مات لا يسقط عنه البدل لأن المعوض وهو نفسه قد سلم له وانما رد في قوله بدلاً عن العصمة أو السكنى لاختلاف العلماء في أن الجزية وجبت بدلاً عما إذا قال بعضهم (٣٧٤) وجبت بدلاً عن العصمة الثابتة بعقد الذمة وبه قال الشافعي رحمه الله لأن الله تعالى

أمر بالقتال وتمد إلى غاية وهي إعطاء الجزية وقال بعضهم وجبت بدلاً عن السكنى في دار الاسلام لأنهم مع الاصرار على الشر لا يكونون من أهل دارنا باعتبار الأصل وانما يصرون من أهل دارنا بما يؤدون من الجزية وقال بعضهم وجبت بدلاً عن النصرة التي فانت بأصرارهم على الكفر وقد تقدم وأعبده ههنا توضيحاً وذلك لأنهم لما صاروا من أهل دارنا يقبل الذمة ولهذه الدار عارية وجب عليهم القيام بنصرتها ولا تصلح أبدانهم لهذه النصرة لأن الظاهر أنهم يميلون إلى أهل الدار المعادية لانحادهم في الاعتقاد فأوجب عليهم الشرع الجزية لتؤخذ منهم فتصرف إلى المعاقلة فتكون خلفاً عن النصرة قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وهو الأصح ألا

وهو قول أبي يوسف وجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الأرض الخراجية ووجه الوضع عنهم أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخاطون الناس والجزية في حقهم لا سقاط القتل ولا بد أن يكون المعمل صحيحاً ويكتفي بعينه في أكثر السنة (ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه) وكذلك إذا مات كافر أخلاً للشافعي فيما له أنها وجبت بدلاً عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل إليه المعوض فلا يسقط عنه المعوض بهذا العارض كفاية الأجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ليس على مسلم جزية

وهو قول أبي يوسف ووجه الوضع أنه الذي ضيع القدرة على العمل فصار كتعطيل أرض الخراج من الزراعة (ووجه وضع الجزية عنهم أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخاطون الناس والجزية في حقهم لا سقاط القتل) ولا يخفى أن هذا أصل قول الشافعي على ما تقدم أنها عندنا بدل عن نصرتهم التي فانت بالكفر وعنده بدل عن القتل فأما صحة هذا الاعتبار عندنا ولكنه ليس هو المعبر فقط بل المجموع منه ومن كونه خلفاً عن نصرتهم إياها فتنحلف أحدهما تنفي وجوبها وعن محمد لا جزية على السياحين قبل يجوز أنه أراد من لا يقدر على العمل منهم فيكون اتفاقاً ويجوز أن يقول هو من لا يخاط الناس ومن لا يخاط الناس لا يقتل (قوله ومن أسلم وعليه جزية) بأن أسلم بعد كمال السنة (سقطت عنه) وكذا إذا مات كافر أخلاً للشافعي فيما له وكذا الوفاة في أثناء السنة أو أسلم وفي أصح قول الشافعي لا يسقط فيما أيضاً سقط ما مضى وعلى هذا الخلاف لو غي أو زمن أو أقعد أو صار شجاعاً كبيراً لا يستطيع العمل أو افتقر بحيث لا يقدر على شيء (له أن الجزية وجبت بدلاً عن العصمة) التي ثبتت للذي بعقد الذمة كما هو قول الشافعي (أو بدلاً عن السكنى) في دار الاسلام كما هو قول آخره (وقد وصل إليه المعوض) وهو حقن دمه وسكنا إلى الموت أو الاسلام وصار بذلك مستوفياً للمبدل فتقرر البدل ديناً في ذمته (فلا يسقط بهذا العارض) الذي هو موته أو اسلامه كسائر الديون من الأجرة والصلح عن دم العمد فيما لو قتل رجلاً عمداً فصالح على مال ثم مات قبل أدائه (ولنا ما) أخرجه أبو داود والترمذي عن جرير عن قابوس بن أبي ظبيان عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية) قال أبو داود وسئل سفيان الثوري عن هذا فقال يني إذا أسلم فلا جزية عليه وباللفظ الذي فسره به سفيان الثوري رواه الطبراني في معجمه الأوسط عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أسلم فلا جزية عليه وضعف ابن القطان قابوساً وليس قابوس في مسند الطبراني فهذا به وجهه بوجوب سقوط ما كان استحق عليه قبل اسلامه بل هو المراد بخصوصه لأنه موضع الفائدة

تري أن الجزية لا تؤخذ من الأعمى والشيخ الفاني والمعنوه والمقعد مع أنهم مشاركون في السكنى لأنه لم يلزمهم أصل النصرة بأبدانهم لو كانوا مسلمين فكذلك لا يؤخذ منهم ما هو خلف عنه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية) رواه ابن عباس رضي الله عنهما وهو مطلق فيجوز على إطلاقه بل الانصاف أن المراد به بعد الاسلام لأن كل أحد يعلم أن المسلم لا تكون عليه جزية فتعين أن يكون المراد به أنها تسقط بالاسلام إذ لو لم تسقط لصدق أن على هذا المسلم جزية

قال المصنف (ومن أسلم إلى قوله خلافاً للشافعي فيما) أقول في وجب الشافعية لو أسلم أو مات بعد مضي السنة استوفى ولو مات في أثناء السنة طوّل بفسط على أحد القولين (قوله باعتبار الأصل) أقول الذي هو الاسلام لأن الدار دار الاسلام (قوله وهو الأصح الخ) أقول بالنسبة إلى القول الثاني كما يفهم من دليله وأيضاً نحن لا ننتفي كونها بدلاً عن القتل (قوله وهو مطلق الخ) أقول فينتفي عنه ابتداء ببقاء

وقوله (ولأنها وجبت عقوبة الخ) ظاهر واعتراض بأنه الحق ضرب الجزية فيما تقدم بالاسترقاق بالمعنى الجامع بينهما فقال ولأنها يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم إذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فكيف افترقا في البقاء حيث يبقى العبد رقيقا بعد الاسلام ولا تبقى الجزية بعده مع أن كلا منهما في الابتداء ثبت بطريق المجازاة لكفرهم والجواب أن أداء الجزية لم يشرع الا بوصف الصغار وما شرع بوصف لا يبقى بدونه على ما عرف في الاصول والاسلام يتأني الصغار فتسقط الجزية به بخلاف الاسترقاق فإنه لم يشرع كذلك وقوله (والعصمة تثبت بكونه آدميا) جواب عن قوله إنها وجبت بدلا عن العصمة ومعناه أن العصمة ثابتة لا دمي من حيث أنه آدمي لما مر أنه خلق متحملا لأعباء التكليف فلا يصلح أن تكون الجزية الطارئة (٣٧٥) بدلا عنها ولقائل أن يقول سلنا

أنها ثابتة لا دمية ولكنها سقطت بالكفر فالجزية تعيدها على ما كانت فكانت بدلا والجواب أنها لو كانت بدلا عن العصمة فاما ان تكون عن عصمة فيما مضى أو فيما يستقبل لا سبيل الى الأول وهو ظاهر ولا الى الثاني لأن الاسلام يغني عنها وقوله (والذي يسكن ملك نفسه) جواب عن قوله أو السكني ومعناه أن الذي يملك موضع السكني بالنسبة أو غيره من الاسباب فلا يجوز إيجاب البديل بسكناء في موضع مملوك له فلو كانت الجزية أجرة كان وجوبها بالاجارة لا محالة وبشرط فيها التأقيت لان الإهمام يبطئ لها وحيث لم يشترط التأقيت في السكني دل على أن الجزية لم تكن بطريق الاجارة فان قال قائل كأنه لا يجوز أن تكون بدلا عن العصمة والسكني فكذلك لا يجوز أن تكون بدلا عن النصر أيضا لآري

ولأنها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهي والجزء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولا نشرع العقوبة في الدنيا لا يكون الادفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام ولا أنها وجبت بدلا عن النصر في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذي يسكن ملك نفسه فلا معنى لا يجاب بدل العصمة والسكني

اذ عدم الجزية على المسلم ابتداء من ضرورات الدين فلا اخبار به من جهة الفائدة ليس كالاخيار بسقوطها في حال البقاء وهذا يخص السقوط بالاسلام والوجه بعمومه واسلامه وبهذا الحديث ونحوه أجمع المسلمون على سقوط الجزية بالاسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق اذ كل منهما عقوبة على الكفر ثم لا يرتفع الاسترقاق بالاسلام وكذا خراج الارض وترتفع الجزية لأن كلا منهما ما محل الاجماع فان عقلت حكمة فذاك والواجب الاتباع على أن الفرق بين خراج الارض والجزية واضح اذ لا ادلال في خراج الارض لانه مؤنة الارض كمنه في أيدينا والمسلم ممن يسعى في بقائها المسلم بخلاف الجزية لأنها ذل ظاهر وشنار وأما الاسترقاق فلأن اسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين بخلاف الجزية فإنه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق للعموم والحق الخاص فضلا عن العام ليس كالملك الخاص (قوله ولأنها) أي الجزية انما (وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهي والجزء واحد) وهو يدل على التواب بسبب الطاعة والعقوبة بسبب المعصية ولا شك في انتفاء الاول ولذا أخذت بطريق الادلال بل هذا ضروري من الدين فتعين أنها عقوبة على معصية الكفر دينوية لا بدل معاوضة كما ظنه (فتسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت) ولهذا لا يضرب من سبق موته إقامة حدثت عليه ولان العقوبة الدينوية لا تكون الادفع شره في الدنيا بحسب ما يكون ذلك الشر والشر الذي يتوقع بسبب الكفر الحرابة والفتنة عن الدين الحق (وقد اندفع بالموت والاسلام) وهذا لا ينافي كونها بدلا أي خلفا عن النصر لأنها كانت عقوبة دينوية على كفره الذي هو سبب الحرابة دفعا لها بأضعافه بأخذها منه وبدلا عن نصرته الفائتة بكفره وإذا كانت خلفا أضعاف النصر انتفت بالاسلام لأن شرط الخلف عدم القدرة على الاصل وقد قدر عليها بالاسلام وأما قوله انها بدل عن العصمة فهي ثابتة لا دمية على ما تقدم من ثبوتها ضرورة تمكنه من فعل ما كلف به أو ظهور خلافه منه فلا يكون ثبوتها بقبول الجزية وقوله بدلا عن السكني فلما ان الذي يسكن ملك نفسه فلا تكون أجرة ولا به بعد الذمة صار من أهل الدار فلا يؤخذ منه بدل تمكنه من الإقامة بها والاحسن ترك الكلام في ابطال الامرين فان

أن الامام لو استعان بأهل الذمة فقاتلوا معه لانسقط عنهم جزية تلك السنة فلو كانت بدلا عنها سقطت لانه قد نصر بنفسه أجيب بأنها انما تسقط لانه حينئذ يلزم تغيير المشروع وليس للامام ذلك وهذا لأن الشرع جعل طريق النصر في حق الذي المال دون النفس

قال المصنف (ولا تقام بعد الموت الخ) أقول يعني من قبلنا بل الله يقيمها قال الله تعالى ولتذيقنهم من العذاب الأدنى دون العذاب الأكبر لعلهم يرجعون قال المصنف (وقد اندفع بالموت والاسلام) أقول لم لا يجوز أن يكون المقصود دفع شره ومذلك لا يدفع بالموت (قوله والاسلام يتأني الصغار الخ) أقول أنت خير بأن الرق نفسه صغار بل لا صغار فوقه فالاولى أن يجاب بجواب غيره (قوله لما مر أنه خلق متحملا) أقول في أوخر باب المستأمن (قوله ولكنها سقطت بالكفر) أقول كما سبق في باب المستأمن (قوله لا سبيل الى الاول وهو ظاهر) أقول فيه بحث الأبرى الى قول الشافعي وقد وصل اليه المعروض

قال (فان اجتمعت عليه الحولان) أنت فعل الحولين إما باعتبار حذف المضاف أى اجتمعت جزية الحولين وإما بتأويل السنتين وأنى بعبارة الجامع الصغير لتفصيل في اللفظ ولا بهام في قوله وجاءت سنة أخرى على ما بينه وكلامه واضح وقوله (وقبل لا تدخل فيه بالاتفاق) يحتاج الى بيان الفرق بينهما (٣٧٦) والفرق أن الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير التفات الى معنى العقوبة ولهذا اذا اشترى

المسلم أرضا خراجية يجب عليه الخراج بخزان لا يتداخل بخلاف الجزية فانها عقوبة ابتداء وبقاء ولهذا لم تشرع في حق المسلم أصلا والعقوبات تتداخل وقوله (لها في الخلافة) أى فيما اذا اجتمع عليه الحولان (أن الخراج واجب عوضا) على ما تقدم وكل ما وجب عوضا اذا اجتمع وأمكن استيفاؤه يستوفى كافي سائر الاعراض وقد أمكن لان الفرض أنه حي واستيفاء المال من الحي ممكن اذا لم يمنع منه الاسلام (بخلاف ما اذا أسلم) وقوله (ولا في حنيضة) ظاهر وقوله (على ما بيناه) أراد به ما ذكره قبل هذا بقوله ولا نها وجبت عقوبة على الكفر ولقائل أن يقول قد تكررت في كلامهم أنها وجبت بدلا عن النصرة أو السكنى أو العصمة وتكرر أيضا فيه أنها وجبت عقوبة على الكفر ومعنى العقوبة غيره معنى البدلية عن شيء فيلزم تواردها تسين على معلول واحد بالشخص وذلك باطل والجواب عن ذلك أن كونها عقوبة لازم من لوازم كونه بدلا عن

(وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله يؤخذ منه وهو قول الشافعي رحمه الله (وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة) أما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تدخل فيه بالاتفاق لها في الخلافة أن الخراج وجب عوضا والا عوضا اذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها تستوفى وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا أسلم لأنه تعذر استيفاؤه ولا في حنيضة أنها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في أصح الروايات بل يكلف أن يأتي بنفسه فيعطى قائما والقباض منه قاعد وفي رواية يأخذ بتبليبه وهم زهرا ويقول أعط الجزية يا ذى فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولا أنها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي

العصمة الأصلية زالت بالكفر وهذه عصمة متجددة بالجزية ويكنى ما ذكرنا من دلالة أنها عقوبة جزاء ثم ثبتت العصمة معها التمكن اقامتها وهذا لأنها عقوبة مستمرة لاستمرار السبب وهو كفره الداعي الى جرائمه ولا يتمكن من اقامة هذه العقوبة على الاستمرار الا بعصمته (فان اجتمعت عليه الحولان تداخلت) أى الجزية أنت فعل الحولين لتأويله بالسنتين ولاداعي الى ذلك من أول الامر أو بتقدير مضاف أى جزية حولين ولفظ القدرى فيما ذكره الاقطع وان اجتمع عليه حولان (وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ منه وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله يؤخذ منه فان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذا ان مات في بعض السنة أما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف) فاذا مضت سنون لم يؤخذ منه خراج عنده وعندهما يؤخذ منه ماضى (وقيل لا تدخل) فيؤخذ ماضى (بالاتفاق لها في الخلافة) وهى تدخل الجزية (أن الخراج) أى الجزية لأنها خراج الرأس (وجب عوضا والاعراض اذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها) على الوجه المأمور به (تستوفى وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين) لانه مادام كافرا أمكن استيفاؤه على وجه الصغار والاذلال له (بخلاف ما اذا أسلم لانه تعذر استيفاؤه) لان المسلم لا يجب اذلاله بل يجب توقيره وأنت تعلم أن كونها وجبت عوضا وكون المنفصل منها أعراضا خلاف ما تقدم وأنه بقول الشافعي أليق) فان أريد بالاعراض الجزية الواقعة عقوبة ثم عليها وجه أى حنيضة القائل والعقوبات تتداخل حتى قلنا بتداخل كفارات الافطار في رمضان مع انها عقوبة وعيادة غير أن المريح فيها جهة العقوبة فكيف بالعقوبة المحضة والجزية عقوبة محضة وقوله (ولهذا الخ) استبضح على أنها عقوبة يعنى (لو بعث بها الى يد نائبه لا تقبل منه في أصح الروايات بل يكلف أن يأتي بنفسه فيعطى قائما والقباض جالس وفي رواية يأخذ بتبليبه) وهو ما بين صدره من ثبائه (ويقول أعط الجزية يا ذى) وقبولها من النائب بفوت المأمورية من اذلاله عند الاعطاء قال تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ووجه آخر (أنها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل) يعنى عن القتل في المستقبل والنصرة في

النصرة لان إيجاب النصرة لغير أهل دينه يستلزم عقوبة لا محالة وقوله (ولهذا) توضيح لقوله وجبت المستقبل عقوبة على الاصرار على الكفر والتبليغ أخذ موضع اللب من الثياب واللبيب موضع القلادة من الصدر وقوله (ولا أنها وجبت بدلا عن القتل) استدلال من جهة الملزوم وما تقدم كان من جهة اللازم وكلامه ظاهر وقد بيناه من قبل

وقوله (حله بعض المشايخ على المضي مجازا) قال الامام خراسان في شرح الجامع الصغير اختلاف مشايخنا في قوله جازت سنة أخرى فقال بعضهم معناه مضت حتى يتحقق اجتماعهم الا أنهم عند آخر الحول يجب وهذا ضرب من المجاز لأن مجي كل شهر مجي أوله وأقول في مجوز المجاز أن مجي الشهر يستلزم مجي الآخر لا محالة وذلك المألوف وأرادوا باللازم مجاز وقال بعضهم معناه دخول أولها لأن الجزية يجب بأول الحول والتأخير إلى آخره تخفيف وتأجيل عند أبي حنيفة وعلى هذا يتحقق التداخل عند مضي شهر بلا ارتكاب المجاز وكلامه واضح وقوله (على ما قررناه) إشارة إلى قوله لأن القتل انما يستوفي لحرب قائم في الحال لا لحرب ماض الخ ويحتاج إلى الجواب عن الزكاة وهو أن الزكاة وجبت في آخر الحول لأنها تجب في المال النامي وحولان الحول (٣٧٧) هو الممكن من الاستملاء لا شتماله

على الفصول الأربعة على ما مر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الأداء (فصل) لما فرغ من بيان ما يجب على أهل الذمة سكنناهم في دار الاسلام شرع في بيان ما يجوز لهم أن يفعلوا مما يتعلق بالسكنى (ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة) والخصاء بكسر الخاء والمد على وزن فعال مصدر خصاء إذا نزع خصيته والاختصاص في معناه خطأ ذكره في المغرب والمناسبة بين ذكر الخصاء والكنيسة هي أن إحداث الكنيسة في دار الاسلام إزالة لفعولية أهل داره معنى كأن الخصاء إزالة لفعولية الحيوان ان كان الخصاء على حقيقته وان كان المراد به التبتل والامتناع عن النساء على لزومة الكنائس فالمناسبة ظاهرة والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام ولا

لأن القتل انما يستوفي لحرب قائم في الحال لا لحرب ماض وكذا النصرة في المستقبل لأن الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول محمد في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة أخرى حله بعض المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فتداخل وعند البعض هو مجري على حقيقته والوجوب عند أبي حنيفة بأول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجي والاصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي في آخره اعتبارا بالزكاة ولنا أن ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذرنا بما يجابه بعدم مضي الحول فأوجبناه في أوله

(فصل) (ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام) لقوله عليه الصلاة والسلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد إحداثها (وان انهدمت البيعة والكنائس القديمة أعادوها) لأن الابنية لا تبقى دائما ولما أقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا أنهم لا يمكنون من نقلها لانه إحداث في الحقيقة

المستقبل (لأن القتل انما يستوفي لحرب قائم في الحال لا لحرب ماض وكذا النصرة في المستقبل لأن الماضي وقعت الغنية عنه) بانقضائه فانقطعت الحاجة فيه إلى شيء من الاشياء وفي المبسوط ولأن المقصود ليس هو المال بل استدلال الكافر واستغماره وهذا المقصود يحصل باستيلاء جزية واحدة (ثم قول محمد في الجامع وجاءت سنة أخرى حله بعض المشايخ على مضي السنة مجازا فقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع) في الحولين أو في جزيتين (فتداخل) وعند البعض هو مجري على حقيقته (وهو أن يراد دخول أول السنة فإن مجي الشهر مجي أوله ومجي السنة مجي أولها والاصح هو هذا) فالوجوب عندنا بأول السنة وعند الشافعي رحمه الله في آخره اعتبارا بالزكاة ولنا أن ما وجبت الجزية بدلا عنه (وهو النصرة) والقتل لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه (من أن القتل انما يستوفي لحرب قائم في الحال دفعا للضرر عن المسلمين وبدلا عن نصرتهم وانما يحتاج إلى ذلك في المستقبل بخلاف الزكاة لأن الوجوب في المال النامي فلا بد من الحول ليتحقق الاستملاء فلم يجب قبله لعدم اتصافه بذلك قبله ثم أفيم الحول مقام التمام لانه الممكن منه فصار المال به تاما تقديرا (فصل) لما كانت هذه الاحكام تتعلق بالذي باعتبار غيره وما مضى باعتبار نفسه قدم تلك (قوله) (ولا يجوز إحداث بيعة) بكسر الباء (ولا كنيسة في دار الاسلام) وهما متعبدان لليهود والنصارى ثم غلبت الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وفي ديار مصر لا يستعمل لفظ البيعة بل الكنيسة لمتعبد الفريقين ولفظ الدير للنصارى خاصة وقيد المصنف عموم دار الاسلام بالمصادر دون القرى لأن

(٤٨ - فتح القدير رابع) كنيسة احداثها فهو نفي بمعنى النهي أي لا تحدث كنيسة في دار الاسلام ويقال

كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم وكذا البيعة كان مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى

قال المصنف (والاصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول) أقول سيجي في آخر كتاب الكراهية أن في زماننا يؤخذ الخراج في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح قال المصنف (وعند الشافعي في آخره اعتبارا بالزكاة) أقول قال الاتفاق في قياسه ممنوع لأن الزكاة تجب بأول الحول عندنا وشرط الحول للتخفيف اه قال الزيلعي ولا يلزمنا الزكاة لأنها انما وجبت في آخر الحول ليتحقق التمام وهي لا تجب الا في المال النامي اه

(فصل) (ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام) (قوله والمناسبة بين ذكر الخصاء والكنيسة إلى قوله فالمناسبة ظاهرة) أقول حينئذ يكون كقوله عليه الصلاة والسلام لا رهبانية في الاسلام

والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلاة في البيت لانه تبسع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر والمروى عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة

الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فاحداثها فيها معارضة باظهار ما يخالفها فلا يجوز بخلاف القرى ثم ذكر ان في قرى ديارنا ايضا لا تحدث في هذا الزمان (والمروى عن صاحب المذهب) يعني ابا حنيفة رضي الله عنه كان (في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل ذمة) بخلاف قرى المسلمين اليوم ولما قال شمس الاثمة في شرحه في كتاب الاجارات الاصح عندي أنهم يمنعون عن ذلك في السواد وان كان هو في السير الكبير قال ان كانت قرية غالب اهلها اهل الذمة لا يمنعون وأما القرية التي سكنها المسلمون اختلف المشايخ فيها على ما ذكرنا فصار اطلاق منع الاحداث هو المختار فصدق نعم القدوري منعها في دار الاسلام (والصومعة) وهو ما بيني (للتخلي) عن الناس والانتقطاع (فيها) لهم مثلها فيمنع ايضا وكذا يمنع بيت ناز ثم قال القدوري (وان اهدمت البيعة والكنائس القديمة أعادوها) قال المصنف (لان الابنية لا تبقى دائما ولما أفرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة ضمننا غير أنهم لا يمكنون من نقلها من مكان الى آخر لانهما احداث) في ذلك المكان المنقول اليه فلا يجوز وفي هذا التعليل اشارة الى أن ذلك اذا كان باقرار الامام اياهم على ذلك وذلك اذا صالحهم على اقرارهم على اراضيهم سواء كان اماما في زمن الصحابة والتابعين أو بعدهم قبل امصار المسلمين ثلاثة احوال ما مضى من المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط فلا يجوز فيها احداث بيعة ولا كنيسة ولا مجتمع لصلاتهم ولا صومعة باجاء اهل العلم ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنزير وضرب الناقوس وثانيها ما فتحه المسلمون عنوة فلا يجوز فيها احداث شيء بالايجاع وما كان فيها شيء من ذلك هل يجب هدمه فقال مالك والشافعي في قول واحد في رواية يجب وعندنا جعله مدممة أمرهم أن يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلاتهم فيها ولكن لا تدم وهو قول للشافعي ورواية عن أحمد لان الصحابة فتحوا كثيرا من البلاد عنوة ولم يهدموا كنيسة ولا ديرا ولم ينقل ذلك قط وثانيها ما فتح صلحها فان صالحهم على أن الارض لهم والخراج لنا جاز احداثهم وان صالحهم على أن الدار لنا ويؤدون الجزية فالحكم في الكنائس على ما وقع عليه الصلح فان صالحهم على شرط تمكن الاحداث لا يمنعهم الا أن الاولى أن لا يصالحهم الا على ما وقع عليه صلح عمر رضي الله عنه من عدم احداث شيء منها وان وقع الصلح مطلقا لا يجوز الاحداث ولا يتعرض القديمة ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنزير بالايجاع انتهى وقوله يمنعون من شرب الخمر أي التجاهر به واظهاره وفي المحيط لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لا يمنعون انتهى وقال محمد كل قرية من قرى اهل الذمة أو مصر أو حديقة لهم أظهر واقيا شيئا من الفسق مثل الزنا والفواحش التي يجرمونها في دينهم يمنعون منه وكذا عن المزامير والطناير والغناء ومن كسر شيئا من ذلك لم يضمن واعلم أن البيعة والكنائس القديمة في السواد لا تدم على الروايات كلها وأما في الامصار فاختلف كلام محمد فذكر في العشر والخراج تدم القديمة وذكر في الاجارة أنها لا تدم وعمل الناس على هذا فان رأينا كثيرا منها نالت عليها ائمة وأزمان وهي باقية لم يأمروا بدمها امام فكان متوارثا من عهد الصحابة رضي الله عنهم وعلى هذا لو مصر نابرية فيها ديرا أو كنيسة فوقع في داخل السور ينبغي أن لا يدم لانه كان مستحقا إلا ما نزل وضع السور فيجعل ما في جوف القاهرة من الكنائس على ذلك لانها كانت فضاء فادار العبيدون عليها السور ثم فيها الآن كنائس ويبعد من امام تمكن الكفار من احداثها جهارا في جوف المدن الاسلامية فالظاهر أنها كانت في الضواحي فأدير السور عليها فأحاط بها وعلى هذا فالكنائس الموجودة الآن في دار الاسلام

وقوله (والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة) أي لا يمكنون من احداث الصومعة التي يتخلون فيها أيضا للعبادة (بخلاف موضع الصلاة) أي صلاة الذمي (في البيت) فانهم يمكنون من ذلك (لانه تبسع للسكنى) وقوله (والمروى عن صاحب المذهب) أي عن أبي حنيفة رضي الله عنه والمراد بالمروى هو ما ذكره آنفا بقوله وهذا في الامصار دون القرى

وفي أرض العرب يمنعون من ذلك في أمصارها وقرىها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب

غير جزيرة العرب كلها ينبغي أن لا تدم لانها ان كانت في أمصار قديمة فلا شك أن الصحابة أو التابعين حين فتحوا المدينة علموا بها وبقواها وبعد ذلك ينظر فان كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بأنهم بقوها مساكن لا معابد فلا تدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب وان عرف أنها فتحت صلحا حكمنا بأنهم أقروها معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الاظهار وانظر الى قول الكرخي انهم اذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلباتهم وغير ذلك فليصنعوا في كنائسهم القديمة من ذلك ما أحبوا فأما أن يخرجوا ذلك من الكنائس حتى يظهر في المصر فليس لهم ذلك ولكن يخرجوا خفية من كنائسهم واستدل المصنف على عدم الاحداث (بقوله صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة) قال المصنف رحمه الله (المراد احداثها) وهذا لأن البيه قد تحقق كثير من الصحابة في الصلح وفي رواية البيه في تصريح بذلك في سننه عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا بنين كنيسة وضعفه ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام حدثنا عبيد الله بن صالح حدثنا الليث بن سعد حدثني ثوبان بن النمر الحضرمي قاضي مصر عن أخيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة قال وروى أبو الاسود عن ابن لهيعة عن يزيد بن حبيب عن أبي الخير قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا كنيسة في الاسلام ولا خصاء وروى ابن عدي في الكامل بسنده الى عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبني كنيسة في الاسلام ولا يبني ما خرب منها وأعلى بسعيد بن سنان واذا تعددت طرق الضعيف يصير حسنا ثم قيل المراد بالخصاء نزع الخطين وقيل كناية عن التخلي عن اتيان النساء (قوله وفي أرض العرب يمنعون من ذلك في أمصارها وقرىها) فلا يحدث فيها كنيسة ولا تقرا لأنهم لا يمكنون من السكنى بها فلا فائدة في اقرارها الا أن تتخذ دار سكنى ولا يباع بها خمر ولا في قرية منها ولا في ماء من مياه العرب ومنعون من أن يتخذوا أرض العرب مسكنا ووطنا بخلاف أمصار المسلمين التي ليست في جزيرة العرب يمكنون من سكناها ولا خلاف في ذلك وذلك (لقوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع دينان في جزيرة العرب) أخرجه اسحق بن راهويه في مسنده أخبرنا النضر بن شميل حدثنا صالح بن أبي الاحوص حدثنا الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في مرضه الذي مات فيه لا يجتمع دينان في جزيرة العرب ورواه عبد الرزاق قال انبأنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع بأرض العرب أو قال بأرض الحجاز دينان ورواه في الزكاة زاد فيه فقال عراليهود من كان منكم عنده عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم فليأت به والا فاني مجلبكم قال فأجلاهم عمر وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك في مرض موته قال الدارقطني في علله هذا صحيح ورواه مالك في الموطأ قال مالك قال ابن شهاب ففحص عمر عن ذلك حتى أتاه اليقين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجتمع دينان في جزيرة العرب فأجلى يهود خيبر وأجلى يهود نجران وفدك وفي صحيح البخاري ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما لما اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه قال أخرجوا المشركين من جزيرة العرب وجزيرة العرب من أقصى عدن أبين الى ريف العراق في الطول وأما العرض فمن جعدة وما والاها من ساحل البحر الى أطراف الشام وسميت جزيرة لانجزار المياه التي حوالها عنها كبحر البصرة وعمان وعدن والفرات وقيل لان حوالها بحر الحبش وبحر فارس ودجلة والفرات وقال الازهرى سميت بذلك لان بحر فارس وبحر السودان أحاطا بجانبها الجنوبي وأحاط بالجانب الشمالي دجلة والفرات وقال المنذرى في مختصره قال مالك جزيرة العرب المدينة نفسها وروى أنها الحجاز واليمن واليمامة وحكى البخاري عن

وقوله (في جزيرة العرب)
قيل انما سميت أرض
العرب بالجزيرة لان بحر
فارس وبحر الحبش ودجلة
والفرات قد أحاطت بها

وقوله (ويؤخذ أهل الذمة بالتميز) ظاهر وذکر رواية الجامع الصغير لكونها كالتفسير لما ذكره القسودري كانه قال وكيفية التميز ما ذكره في الجامع الصغير الخ والكسبي خبط غليظ بقدر الاصبع يشده الذي فوق ثيابه دون ما يميزون به من الزناير المتخذة من الابرسم وقوله (صيانة لضعفة المسلمين) أي الضعفة في الدين لا البدن أي يفعل ذلك بهم لكي يكونوا في أعين المسلمين الذين لم يتصلبوا في دين الاسلام (٣٨٠) أذلاء صاغرين حتى لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم في الرزق والملابس والمراكب وروفق

حالههم فان قبل لم يأخذ النبي صلى الله عليه وسلم من يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر ذلك فيكون بدعة أجيب بأنهم في زمن النبي صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين في المدينة لا يشبه حالهم فلم يقع الاحتياج الى ذلك ثم في زمن عمر رضي الله عنه لما كثرت الناس ممن يعرفونهم ولا يعرفون وقعت الحاجة الى ذلك فأمر بذلك بمحض من العصاة وكان صوابا قال صلى الله عليه وسلم أينما دار عمر فالحق معه وقوله (فانه جفاء في حق أهل الاسلام) أي ترك حسن العشرة بأهل الاسلام لان في الامر لأهل الذمة بتميزهم بما يوجب اعزازهم من اتخاذ الزناير من الابرسم اهانة لأهل الاسلام لان من أعز عدو صديقه فقد أهان صديقه معنى وقوله (أن لا يركبوا الا للضرورة) يعني كالتسريح الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه

قال (ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وبسروجههم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يلبسون السلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ أهل الذمة باظهار الكسبيات والر كوب على السروج التي هي كهشة الاكف) وانما يؤخذون بذلك اظهار الصغار عليهم وصيانة اضعفة المسلمين ولأن المسلم يكرم والذي يهان ولا يتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فلهذا يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب أن تكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزناير من الابرسم فانه جفاء في حق أهل الاسلام ويجب أن يميز نسائهم عن نسايتنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كي لا يفتعل عليهم اسائل بدعولهم بالمغفرة قالوا الا حق أن لا يستر كوا أن يركبوا الا للضرورة وانما يركبوا للضرورة فليزولوا في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سرا وجا

المغيرة قال هي أرض مكة والمدينة (قوله ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم) نفهم (وفي مراكبهم وبسروجههم وقلانسهم) وحاصل هذا أن أهل الذمة لما كانوا مخالطين لأهل الاسلام فلا بد مما يميز به المسلم من الكافر كي لا يعامل معاملة المسلم في التوقير والاحلال وذلك لا يجوز وربما يموت أحدهم فجاء في الطريق ولا يعرف فيصلي عليه بخلاف يهود المدينة لم يأمرهم صلى الله عليه وسلم بذلك لانهم كانوا معروفين بأعيانهم لجميع أهل المدينة ولم يكن لهم زي عال على المسلمين واذا وجب التميز وجب أن يكون بمافي صغار لا اعزاز لان اذلالهم لازم بغير أذى من ضرب أو صفع بلا سبب يكون منه بل المراد اتصافه بهيئة وضعفة ولذا أمروا (بالكسبيات) وهو خيط في غلط الاصبع من الصوف يشده فوق ثيابه دون الزناير من الابرسم (لان فيه جفاء بالمسلمين) أي إغلاظا عليهم فهو من حسن العشرة معهم ولرفع الضرر عن ضعفة المسلمين في الدين فربما يعرفون بجهلهم فيقولون الكفار أحسن حالا منا فانهم في خفض عيش ونعمة ونحن في كد ونعب والبس أشار بقوله تعالى ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سفقا من فضة ومعارج عاليا يظهرون تنبيها على خسة الدنيا عند الله عز وجل واذا منع من شد زناير وهو حاشية رقيقة من الابرسم فنعمهم من لباس الثياب الفاخرة التي تعد عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريرا أو غيره كالصوف المربع والجوخ الرفيع والأبراد الرقيقة أولى ولا شك في وقوع خلاف هذا في هذه الديار ولا شك في منع استكثانهم وادخالهم في المباينة التي يكون بها معظما عند المسلمين بل ربما يفت بعض المسلمين خدمة خوفا من أن يتغير خاطره منه فيسعي به عند مستكبيه سعاية توجب له منه الضرر وكذا يؤخذون بالركوب على سروج فوق الحجر كهشة الاكف أو قريبان منه ولا يركبون الخيل بل اختار المتأخرون أن لا يركبوا أصلا الا اذا خرجوا الى أرض قريبة ونحوه أو كان مرضا أي الا أن تلزم الضرورة فركب ثم ينزل في مجامع المسلمين اذا أمر بهم ولا يحملون السلاح ويضيق عليهم الطريق ولا يسدأ بالسلام ويرد عليه بقوله وعليكم فقط واذا عرف أن المقصود العلامة فلا يتعين ما ذكر بل يعتبر في كل بلد ما يتعارفه أهله وفي بلادنا جعلت

(قوله كانوا معروفين في

العلامة

المدينة) أقول فيه بحث قال المصنف (أن لا يركبوا الا للضرورة) أقول في فتاوى الامام الترمذي قبل

آخر الكتاب يورقون تخميننا وفي شرح الحواشي ولا يمنعون من ركوب الحمار لان ركوب الحمار ذل غير أنه يمنع من أن يضع عليه السرج وكذا لا يمنعون من ركوب البغل لانه تبع الحمار والبغون بمنزلة الحمار لا يرى أنه موضع عليه الا كاف بخلاف الفرس لان ركوبه عز وركوب الجمل جمال يمنعون عنه الا عند الحاجة اليهم بأن يستعين بهم الامام في المحاربة والذب عن المسلمين فلا بأس بأن يركبوا وهذا كله اذا وقع الظفر عليهم ومن عليهم فأما اذا وقع الصلح معهم على بعض هذه الاشياء فانهم يتركون على ذلك اه

بالصفة التي تقدمت ويمنعون من لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف (ومن امتنع من الجزية أو قتل مسلماً أو سب النبي عليه الصلاة والسلام أو زنى بمسيلة لم ينتقض عهده) لأن الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أدائها والالتزام باق وقال الشافعي سب النبي صلى الله عليه وسلم يكون نقضا لأنه ينتقض إيمانه فكذا ينتقض أمانه إذ عقد الذمة خلف عنه ولنا أن سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر منه والكفر المقارن لا يمنع فالتباري لا يرفعه

السلامة في العمامة فالزمو النصارى العمامة الزرقاء واليهود العمامة الصفراء واختص المسلمون بالبيضاء وكذا تؤخذ نسائهم بالزى في الطرق فيجعل على ملأة اليهودية خرقه صفراء وعلى النصرانية زرقاء وكذا في الحمامات وكذا تميز دورهم عن دور المسلمين كي لا يفس سائل فيدعولهم بالمغفرة أو يعاملهم بالتضرع كما يتضرع للمسلمين (ويمنعون من لباس يختص بأهل العلم والزهد والشرف) ونحوه من مكابهم خشنة فاسدة اللون ولا يلبسوا طبائسة كطبائسة المسلمين ولا أريدية كأريديةهم هكذا أمروا واتفقت العمامة على ذلك (قوله ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلماً أو زنى بمسيلة أو سب النبي صلى الله عليه وسلم لم ينتقض عهده) فيصير مباح الدم باعتبار أنه لا عهد له عندنا وقيد بأدائها لأنه لو امتنع من قبولها انتقض عهده والشافعي ينتقض عهده بالامتناع عن أداء الجزية وقبول أحكام الإسلام ولا ينتقض زناه بمسيلة أو أن يصيبها بشكاح أو أن يفتن مسلماً عن دينه أو يقطع الطريق أو يدل على عورات المسلمين أو يقتل مسلماً وهو قول مالك وأحمد إلا أن مالكا قال ينتقض بإكرام المسيلة على الزنا أو سبه عليه الصلاة والسلام أو ذكره تعالى بما لا ينبغي فانه يقتله به إن لم يسلم ووافقه في هذا الشافعي في قول واحد في رواية وللشافعي أيضاً فيما إذا ذكره تعالى بما لا ينبغي أو سبه عليه الصلاة والسلام قولان آخران أحدهما لا ينتقض والاخر ينتقض وجه قوله هذا (أنه بذلك ينتقض إيمانه) لو كان مسلماً (فينتقض به أمانه إذ عقد الذمة خلف عن الإيمان) في إفادة الأمان فما ينتقض الأصل ينتقض الخلف الأدنى بالطريق الأولى وروى أبو يوسف عن حفص بن غسان عن ابن عمر أن رجلاً قال له سمعت راحباً سب النبي صلى الله عليه وسلم فقال لو سمعته لقتلته إن لم تعطهم العهد على هذا قال المصنف (ولنا أن سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر من الذمى) كما هو رده من المسلم (والكفر المقارن) لعقد الذمة (لا يمنع عقد الذمة) في الابتداء (فالكفر الطارئ لا يرفعه) في حال البقاء بطريق أولى يؤيده ما روى عن عائشة رضي الله عنها أن رهطاً من اليهود دخلوا عليه صلى الله عليه وسلم فقالوا السام عليك فقال وعليك قالت ففهمتها وقلت عليكم السام واللعنة فقال صلى الله عليه وسلم مهلاً يا عائشة فان الله يحب الرفق في الأمر كله قالت فقلت يا رسول الله ألم تسمع ما قالوا قال صلى الله عليه وسلم قد قلت وعليك ولا شك أن هذا سب منهم له صلى الله عليه وسلم ولو كان نقض العهد لقتلهم لصبر ورتهم حربين قالوا وحديث ابن عمر أسنده ضعيف وجزاً أن يكون قد شرط عليهم أن لا يظهر واسبه صلى الله عليه وسلم والذي عندي أن سبه صلى الله عليه وسلم أو نسبه ما لا ينبغي إلى الله تعالى أن كان مما لا يعتقده كنسبه الولد إلى الله تعالى وتقدس عن ذلك إذا أظهره بقتله به وينتقض عهده وإن لم يظهر ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا وهذا لا ندفع القتل والقتال عنهم بقبول الجزية الذي هو المراد بالأعطاء مقيده بكونهم صاغرين أذلاء بالنص ولا خلاف أن المراد استمرار ذلك لا عند مجرد القبول وإظهار ذلك منه ينافي بقبول الجزية دافعا لقتله لأنه الغاية في التمرد وعدم الالتفات والاستخفاف بالإسلام والمسلمين فلا يكون جارياً على العقد الذي يدفع عنه القتل وهو أن يكون صاغراً ذليلاً وأما اليهود والمذكورون في حديث عائشة فلم يكونوا أهل ذمة بمعنى إعطائهم الجزية بل كانوا أصحاب موادة بلا مال يؤخذ منهم دفعاً لشرهم إلى أن أمكن الله منهم لأنه لم يوضع جزية قط على اليهود والمجاورين من

وقوله (بالصفة التي تقدمت)
يعني كهبة إلا كف وقوله
(لأنه ينتقض إيمانه) يعني لو
كان مسلماً أو سب النبي
صلى الله عليه وسلم والعبادة
بالله نقض إيمانه (فكذا
ينتقض أمانه) وذمته

قوله (وكذا في حكم ما حله من ماله) يعني أن الذي إذا انتقض العهد ولحق بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون فيا كالمرتد إذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار كان ماله فيا وقوله (الأنه لو أسرى) استثناء من قوله فهو بمنزلة المرتد يعني بخلاف المرتد فإنه لا يسترق بل يقتل إن أسرى على ارتداده

فصل في ذكر نصارى بنى تغلب (٣٨٣) في فصل على حدة لأن أهم أحكاما مخصوصة بهم تخالف أحكام سائر النصارى وكلامه واضح

والاصل فيه ما ذكر أبو يوسف في كتاب الخراج باسناده إلى داود بن كردوس عن عبادة ابن النعمان التغلبي أنه قال لعمر يا أمير المؤمنين إن بنى تغلب من قد علمت شوكتهم وأنهم بازاة العدو فإن ظاهروا عليك العدو اشتدت المؤنة فإن رأيت أن تعطيهم شيئا فافعل قال فصالحهم عمر على أن لا ينجسوا أحدا من أولادهم في النصرانية وتضاعف عليهم الصدقة وعلى أن تسقط الجزية عن رؤسهم فكل نصراني من بنى تغلب له غنم سائمة فليس فيها شيء حتى تبلغ أربعين فإذا بلغت أربعين شاة سائمة ففيها شاتان إلى مائة وعشرين فإذا زادت واحدة ففيها أربع من الغنم وعلى هذا الحساب تؤخذ صدقاتهم وكذلك الأبل والبقر إذا وجب على المسلم شيء في ذلك فعلى التغلبي مثله مرتين ونسأؤهم كرجالهم في الصدقة وأما الصبيان فليس عليهم شيء وكذلك أراضيم التي كانت في أيديهم يوم صلحوا يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين

فصل في نصارى بنى

قال (ولا ينتقض العهد إلا أن يلحق بدار الحرب أو يغلبوا على موضع فيصار يوتنا) لأنهم صاروا حربا علينا فيعري عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب (وإذا انتقض الذي العهد فهو بمنزلة المرتد) معناه في الحكم عونه بالحق لأنه التحق بالأموال وكذا في حكم ما حله من ماله إلا أنه لو أسرى بغير خلاف المرتد

فصل (ونصارى بنى تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة) لأن عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بحضور من الصحابة (ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم) لأن الصلح وقع على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر رحمه الله لا يؤخذ من نسائهم أيضا وهو قول الشافعي لأنه جزية في الحقيقة على ما قال عمر هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا أنه مال وجب بالصلح

قريظة والنضير وهذا البحث منا واجب أنه إذا استعلى على المسلمين على وجه صار متمردا عليهم حل للإمام قتله أو يرجع إلى الذل والصغار (قوله ولا ينتقض عهده إلا أن يلحق بدار الحرب أو يغلبوا) أي أهل الذمة (على موضع) قرية أو حصن (فيصار يوتنا لأنهم) بكل من الخصلتين (صاروا حربا علينا) وعقد الذمة ما كان الالدفع شر حرابهم (فيعري عن الفائدة) فلا يبقى (وإذا انتقض عهده فحكمه حكم المرتد معناه في الحكم عونه بالحق لأنه التحق بالأموال) وإذا تاب قبل توبته وتعود ذمته ولا يبطل أمان ذريته ينتقض عهده وتبين منه زوجه الذمة التي خلفها في دار الإسلام إجماعا ويقسم ماله بين ورثته (وكذا في حكم ما حله من ماله) إلى دار الحرب بعد انتقض ولو ظهر على الدار يكون فيا لعامة المسلمين كالمرتد إذا التحق بمال ولو لحق بدار الحرب ثم عاد إلى دار الإسلام وأخذ من ماله وأدخله دار الحرب ثم ظهر على الدار فالورثة أحق به قبل القسمة مجانا وبعد القسمة بالقيمة لأن الملك لهم حين أخذه فإن عاد بعد الحكم بالحق في رواية يكون فيا وفي رواية لا ولا يبعد أن يقال انتقاله إلى المكان الذي تغلبوا فيه كاتقاله إلى دار الحرب إن لم تكن متاخمة لدار الإسلام بالاتفاق وإن كانت على قولهما وقوله (الأنه لو أسرى) استثناء من قوله فهو بمنزلة المرتد (بخلاف المرتد) إذا لحق ثم ظهر على الدار فأسرى لا يسترق بل يقتل إذا لم يسلم وكذا يجوز وضع الجزية عليه إذا عاد بعد نقضه وقبلها لأنه ما كان التزم بالذمة الإسلامية بل أحكامه بخلاف المرتد التزم الإسلام فلا بد أن يعود إليه أما إذا لم يعد ولم يقبلها حتى أخذ بعد الظهور فقد استرق فلا ينصرون منه جزية والله الموفق

فصل أفرد أحكام نصارى بنى تغلب بفصل لأن حكمهم يخالف سائر النصارى وتغلب ابن وائل من العرب من ربيعة تنصروا في الجاهلية فلما جاء الإسلام ثم زمن عمر دعاهم عمر رضي الله عنه إلى الجزية فأبوا وأنفوا وقالوا نحن عرب خذنا كما أخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال لا أخذ من مشرك صدقة فلق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زردة يا أمير المؤمنين إن القوم لهم بأس شديد وهم عرب بأنفون من الجزية فلا تعن عليك عدولك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضي الله عنه في طلبهم وضعف عليهم فأجمع الصحابة على ذلك ثم الفقهاء وفي رواية أبي يوسف بسنده

تغلب قال المصنف (يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين) أقول أي من أموال المسلمين على تقدير

المضاف والظاهر أنه لا حاجة إلى ذلك لاستقامة الكلام بدونه قال المصنف (لأن عمر صالحهم الخ) أقول فإن قبل هذا الصلح مخافا لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية الخ قلنا ذلك مخصوص بالآيات الدالة على جواز الصلح كما مر في باب المواعدة (قال المصنف ولنا أنه مال وجب بالصلح) أقول ليس فيما ذكر من قبلنا جواب عما قاله عمر وتأمل أنت فيه

وقوله (والمرأة من أهل وجوب مثله) أي مثل مال وجب بالصلح وقوله (الآثرى أنه لا يراعى فيه شرائطها) أي فيما أخذ منهم من المضاعفة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والاعطاء قائما والقباض قاعدا وأخذ التلييب على ماهر قوله (ويوضع على مولى التغلبي الخراج أي الجزية وخراج الأرض بمنزلة مولى القرشي) أي لا تؤخذ الجزية وخراج الأرض من القرشي وتؤخذ من معتقه فكذلك ها هنا تؤخذ الجزية من معتق التغلبي وإن لم يؤخذ من التغلبي (٣٨٣) (قوله ولنا أن هذا) أي أخذ مضاعف الزكاة

(تخفيف) يعني لماذا كرهنا أنه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية (والمولى لا يلحق بالأصل فيه) أي في التخفيف (ولهذا) أي ولكون المولى لا يلحق بالأصل في التخفيف (توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانيا) ولم يلحق بمولاه في ترك الجزية وإن كان الإسلام أعلى أسباب التخفيف وأولاها فإن قبل حرمة الصدقة ليست بتغليظ بل هي تخفيف بالتخلص عن التدنس بالأثم وقد ألحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي أجاب بقوله بخلاف حرمة الصدقة الخ وقوله (في حقه) أي فيما هو حق مولاه وهو حرمة الصدقة فإن قبل ما بالمولى الغني لم يلحق به في حرمة الصدقة

(قال المصنف والمرأة من أهل وجوب مثله) أقول لعل لفظ مثل مقحم (قوله فإن قبل حرمة الصدقة ليست بتغليظ الخ) أقول فيه بحث فإن الأثم ليس بثابت قبل الحرمة حتى يتخلص بها عنه بل نبوته بها فالحرمة ليست بتخفيف بل تغليظ على ما لا يخفى والقول بأن المراد

والمرأة من أهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لأنه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية ألا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها (ويوضع على مولى التغلبي الخراج) أي الجزية (وخراج الأرض بمنزلة مولى القرشي) وقال زفر بضاعف لقوله عليه الصلاة والسلام إن مولى القوم منهم ألا ترى أن مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة ولنا أن هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالأصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لأن الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه

إلى داود بن كردوس عن عباد بن النعمان التغلبي أنه قال لعمر رضى الله عنه إن بنى تغلب الحديث إلى أن قال فصالحهم عمر رضى الله عنه على أن لا ينموا وأحد من أولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم في الصدقة وعلى أن يسقط الجزية من رؤسهم اه ففي كل أربعين شاة لهم شاتان ولا زيادة حتى تبلغ مائة وعشرين ففيها أربع شياه وعلى هذا في البقر والابل ثم اختلف الفقهاء هل هي جزية على التحقيق من كل وجه أو لا فقبل من كل وجه فلا يؤخذ من المرأة والصبي ولو كان للمرأة ماشية ونقود لا يؤخذ منها شيء وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة قال السكرخي وهذه الرواية أقبس وهو قول الشافعي لأن الواجب بكتاب الله تعالى عليهم الجزية فإذا صالحوهم على مال جعل واقعا موقع المستحق يؤيده قول عمر رضى الله عنه هذه جزية صومها ما شئتم وقال أصحابنا هو وإن كان جزية في المعنى فهو واجب بشرائط الزكاة وأسبابها إذا صلح وقع على ذلك ولهذا لا يراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من النائب ويعطى جالسا إن شاء ولا يؤخذ بتلييبه (والمصرف مصالح المسلمين لأنه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية) والمرأة من أهل ما يجب من المال بالصلح فيؤخذ منها بخلاف الصبي والمجنون لا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم لعدم وجوب الزكاة عليهم عندنا بخلاف أرضهم فيؤخذ من أراضيها لأنه وظيفة الأرض وليس عبادة لتخص البالغين كنفقة عبيدهم وحاصل ما ذكرنا يفيد أنه روعي في هذا المأخوذ جهة الجزية في المصرف وفيما سوى ذلك روعي جهة الزكاة أما الأول فلا ته حقيقة الجزية وأما الثاني فلا نأثر ما وقع عليه الصلح لا يغير وهذه الجزية التي وجبت بالصلح وتد علمت أن الجزية قسمان قسم يجب بالصلح فيتعين على الوجه الذي وقع عليه الصلح كفيها وقع والذي يراعى فيه من وجب عليه وصفه وكيته هو الجزية التي يتدنى الإمام وضعهها شاة أو أبوا على ما تقدم (قوله ويوضع على مولى التغلبي) أي معتقه (الخراج أي الجزية وخراج الأرض) وقال زفر بضاعف (عليه ما يؤخذ من المسلمين كالتغليبي نفسه) (لقوله عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم) وهذا الحديث استدلالنا به في الزكاة على حرمان مولى الهاشمي الزكاة فكذلك استدلال به على التضعف على مولى التغلبي وجميع الأحاديث المذكورة في هذا الفصل تقدم الكلام عليها في كتاب الزكاة من هذا الكتاب (ولنا أن هذا) أي وضع الصدقة المضاعفة (تخفيف) إذ لم يكن فيه وصف الصغار والدلة برغبتهم في ذلك واستشفاقهم ما سواه (والمولى لا يلحق بالأصل فيه) أي في التخفيف ألا ترى أن الإسلام أعلى أسباب التخفيف ولو كان لمسلم مولى نصراني وضعت عليه الجزية ولم يتعد إليه التخفيف الثابت بالإسلام فلا نأثر لا يتعدى التخفيف الثابت بوصف التغلبي أولى (بخلاف حرمة الصدقات)

أظهار حرمة الصدقة لا يناسب المقام ثم إن المولى إنما لا يلحق بالأصل في التخفيف إذا كان المولى من أهل التغليظ كما فيما نحن فيه وليس مولى الهاشمي كذلك والحق أن قول المصنف بخلاف حرمة الصدقة ليس جوابا عما ذكره الشارح (قوله وقوله في حقه أي فيما هو حق مولاه) أقول لا يظهر أن يقال أي في حق حرمة الصدقة وأمر التذكير والتأنيث سهل فإن الحرمة في تأويل أن يحرم أو الحرمان

قوله مائة وعشرين بن صوب العلامة الجراوى نقلا عن النهر مائة وأحد وعشرين اه كنهه مصححه

والعلة المذكورة وهي أن الحرمات تثبت بالشبهات موجودة أجب بقوله (لأن الغني من أهلها) أي من أهل الصدقة في الجملة ولهذا حلت له إذا كان عاملاً (وانما الغني مائع ولم يوجد في حق المولى وأما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلاة أصلاً لأنه صلب لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فالحق به مولا) ويجوز أن يقال حرمة الصدقة على بني هاشم تشريف لهم وفي الحاق المولى بهم زيادة في التشريف وحرمتها على الغني لقائه وفي الحاق مولا به (٣٨٤) لا يزداد غنى ولم يذ كر الجواب عما استدلل به زفر من الحديث وهو أنه غير مجرى على عمومته فان مولى

الهاشمي ليس كهو في الكفاة بالاجماع فوجب التأويل بأنه محمول على التعاون والتناصر لأنه من لوازمه فان الرجل اذا كان من القوم يقوم بنصرتهم وقال شمس الأئمة السرخسي القياس في الكل سواء وهو أن لا يلحق مولى القوم بهم إلا أن ورود الحديث كان في حرمة الصدقة على بني هاشم وهو ما روى أن أبا رافع سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحمّل له الصدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أنت مولانا ومولى القوم من أنفسهم والمخصوص من القياس بالنص لا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه وهذا ليس في معنى ما ورد فيه النص لأن ذلك كان لاظهار فضيلة قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحاق مولا هم بهم ومولى التغلبي ليس من ذلك في شيء وقوله (وما جباه الامام) أي جمعه والتغور جمع تغر وهو موضع مخافة البلدان والقنطرة ما لا يرفع والجسر ما يرفع

ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة لأن الغني من أهلها وانما الغني مائع ولم يوجد في حق المولى أما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلاة أصلاً لأنه صلب لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فالحق به مولا قال (وما جباه الامام من الخراج ومن أموال بني تغلب وما أهداه أهل الحرب إلى الامام والجزية بصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه أرزاق المقاتلة وذرائعهم) لأنه مال بيت المال فانه وصل إلى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين

على الهاشمي لأنه ليس تخفيفاً بل تحريم (والحرمات تثبت بالشبهات فالحق مولى الهاشمي به) وينقض بمولى الغني تحريم الصدقة على معتقه ولم تعد إليه فقال (لا يلزم لأن الغني من أهل الصدقة) في الجملة ألا ترى أنه لو كان عاملاً عليها أعطى كفايته منها (وانما الغني مائع) من الاسقاط عن المعطى له شرعاً فيحقق في حق سيده ولم يحقق في المولى شخص السيد (أما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلاة أصلاً لشرفه وكرامته) لا تساخها ولذا لا يعطى منها لو كان عاملاً (فالحق به مولا) لأن التكريم أن لا ينسب إليه تلك الأوساخ بنسبة فان قلت هذا تقديم للغني على النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم أجيب بان الحديث غير مجرى على عمومته بالاجماع فان مولى الهاشمي لا ينزل منزلته في الكفاة للهاشمية والامامة فكان عاماً مخصوصاً بالنسبة إلى الكفاة والامامة فيخص بالمعنى الذي ذكرناه أيضاً وهو أنه تخفيف فلا يتعدى بالنسبة للتخفيف إلى المولى الأسفل بدليل التخفيف بالاسلام لم يتعد إلى المولى فيختص كون المولى منهم بما فيه دفع نقيصة لما أن نقيصة المولى الأسفل تنسب إلى مولا ووجه آخر بان القياس أن لا يكون المولى منهم ولا ملازوماً لاحكامهم لأنه ليس منهم حقيقة وقد ورد الحديث به في منع الزكاة وهو ما روى أنه صلى الله عليه وسلم استعمل أرقم بن أرقم على الصدقات فاستمتع أبا رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الصدقة لا تحل ل محمد ولا ل آل محمد وان مولى القوم منهم فاذا علم عدم عمومته فليخص بسببه وهو الزكاة وأما الجواب بان قيل لم يوافق زفر أحد من الفقهاء فقيل بل قوله مروي عن الشعبي (قوله وما جباه الامام من الخراج ومن أموال بني تغلب وما أهداه أهل الحرب إلى الامام والجزية بصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور) وهي مواضع يخاف هجوم العدو فيها من دار الاسلام (وبناء القناطر والجسور) وهي ما يوضع وترفع فوق الماء لير عليه بخلاف القنطرة يحكم بناؤها ولا ترفع (ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه أرزاق المقاتلة وذرائعهم) فانه يجب نفقتهم عليهم فالويل يكفوها من بيت المال اشتغلوا بالكسب وتركوا الاستعداد للدفع وهذا (لأنه مال بيت المال لأنه وصل إلى المسلمين من غير قتال) وما كان كذلك فهو مال بيت المال بخلاف الحاصل بسبب القتال فانه يقسم بين الغنائم ولا يوضع في بيت المال واذا كان مال بيت المال بصرف في مصالح المسلمين وهو ماله هم وزاد المصنف في التجنيس في علامة السيد أبي شجاع أنه يعطى أيضاً للعلمين والمنعولين وهذا تدخل طلبه

العلم

(قوله لا يزداد غنى) أقول فيه بحث فانه لو ازداد غنى لا يفيد أيضاً لا تعلق له بالالحاق والجواب منع ذلك

فان الغني من الوجه المشروع محمود فأنامل (قوله فوجب التأويل بأنه محمول على التعاون والتناصر الخ) أقول فان قيل النبي عليه الصلاة والسلام مبعوث لبيان الاحكام قلنا ما نحن فيه أيضاً كذلك حيث يدل على أن المعتق عاقلة الممتق فان العقل باعتبار النصرة (قوله الآن ورود الحديث كان في حرمة الصدقة على بني هاشم وهو ما روى أن أبا رافع رضي الله عنه الخ) أقول الاظهر أن يقال على ما روى أو نحوه ثم أقول فيه بحث لأن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب إلا أن يمنع العموم مستنداً بأنه محمل فليتنامل

(قوله وهو لا علم لهم) أي القضاة وعملهم والعلماء عملة المسلمين والعمل جمع عامل (قوله فلا شيء له من العطاء) العطاء ما يكتب للفرقة في الديوان ولكل من قام بأمر من أمور الدين كالقاضي والمفتي والمدرس (٣٨٥) وفي الابتداء كان يعطى كل من كان له

ضرب منزلة في الاسلام
كأن زواج النبي صلى الله
عليه وسلم وأولاد المهاجرين
والانصار وكذلك لومات
في آخر السنة لا يورث
العطاء لانه صلة فلا يعطى
قبل القبض وانما وضع
المسألة في نصف السنة
لانه لومات في آخر السنة
يستحب صرف ذلك الى
قريبه لانه قد أوفى عنه
فيستحب الصرف الى
قريبه ليكون أقرب الى
الوفاء

باب أحكام المرتدين

لما فرغ من بيان أحكام
الكفر الاصلى ذكر في هذا
الباب أحكام الكفر الطارئ
لأن الطارئ انما هو بعد
وجود الاصلى وكلامه
واضح وقوله (الأن
العرض على ما قالوا غير
واجب) ظاهر المذهب
قال في الايضاح ويستحب
عرض الاسلام على
المتردين هكذا روى عن
عمر لأن رجاء العود الى
الاسلام ثابت لاحتمال
أن الردة كانت باعتراض
شبهة

باب أحكام المرتدين

أقول قوله على ما قالوا متعلق

وهؤلاء علمهم ونفقة الذراري على الآباء فلولا يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا
يتفرغون للقتال (ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء) لأنه نوع صلة وليس يدين
ولهذا سمي عطاء فلا يعطى قبل القبض ويسقط بالموت وأهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس
والمفتي والله أعلم

باب أحكام المرتدين

قال (واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعباد بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه)
لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا أن العرض على ما قالوا غير واجب لأن
الدعوة بلغته

العلم بخلاف المذكور هنا لانه قبل أن يتأهل عامل لنفسه لكن لم يعمل بعده للمسلمين (قوله ومن مات في
نصف السنة فلا شيء له من العطاء) لانه نوع صلة وليس يدين ولكونه صلة سمي عطاء فلا يعطى قبل القبض
فلا يورث (ويسقط بالموت) وهذا لانه مات قبل أن كد حقه بجي وقت المطالبة والحق الضعيف
لا يجزى فيه الارث كسهم الغازي في دار الحرب لا يورث بخلاف ما اذا أتى كد سهمه بعد الاحراز بدار
الاسلام قبل القسمة فانه يورث على ما أسلفناه وتقبيد محمد رحمه الله في الجامع الصغير بنصف السنة
ربما يشعر بأنه اذا مات آخرها يعطى ورثته وقالوا لا يجب أيضا ولكن يستحب لأنه أوفى عنه أي تعبته
في عمله للمسلمين فيستحب أن يعطى وعلى شمس الاثمة عدم وجوب اعطائه بعد مائة السنة أيضا
ذكرنا في نصفها اذا فاد أنه لم يتأ كد الحق بعد مائة السنة أيضا معولا على أنه صلة فلا يعطى قبل القبض
وهذا يقتضى قصر الارث على حقيقة الملك والوجه يقتضى وجوب دفعه لورثته لان حقه تأ كد باتمام
عمله في السنة كما قلنا لانه يورث سهمه الغازي بعد الاحراز بدار الاسلام لتأ كد الحق حينئذ وان لم ينبت
له ملك وقولنا في الاسلام في شرح الجامع الصغير وانما خص نصف السنة لان عند آخرها يستحب أن
يصرف ذلك الى ورثته فاما قبل ذلك فلا الاعلى قدر عنائه يقتضى أن يعطى حصته من العام ثم قبل
رزق القاضي ومن في معناه يعطى في آخر السنة ولو أخذ في أولها ثم مات أو عزل قبل مضيتها قبل
يجب رد ما بقى وقيل على قياس تجميل المرأة النفقة لا يجب وقال محمد أحب الى رد الباقي كما لو عمل
لها نفقة ليتزوجها فبات قبل التزوج لعدم حصول المقصود وعندهما هو صلة له من وجه فينقطع حق
الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة ذكره في جامع قاضخان والتمرناشي والعطاء هو ما ينبت في
الديوان باسم كل من ذكرنا من المقاتلة وغيرهم وهو كالحامكية في عرفنا الا أنها شهرية والعطاء سنوي

باب أحكام المرتدين

لما فرغ من بيان أحكام الكفر الاصلى شرع في بيان أحكام الكفر الطارئ والمترد هو الراجع عن دين
الاسلام (قوله واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعباد بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة) أباها
(كشفت عنه لانه عساه اعترته) أي عرضت له (شبهة فتزاح عنه وفيه دفع شره باحسن الامرين)
وهما القتل والاسلام وأحسنهما الاسلام ولما كان ظاهر كلام القدوري وجوب العرض قال (الا
أن العرض على ما قالوا) أي المشايخ (غير واجب) بل مستحب (لان الدعوة قد بلغته) وعرض الاسلام

(٤٩ - فتح القدير رابع)

قال المصنف (الا أن العرض على ما قالوا غير واجب)

بغير واجب المقدر

وقوله (وتأويل الاول) يعني به (٣٨٦) قوله ويجبس ثلاثة أيام (أنه يستعمل) أي يطلب المهلة فيجبس ثلاثة أيام وأما إذا لم يطلب فإظهار

من حاله أنه متعنت في ذلك فلا بأس بقتله لأنه يستحب أن يستتاب لأنه بمنزلة كافر بلغته الدعوة فإن قيل تقدير المدة ههنا بثلاثة أيام نصب الحكم بالرأي فيما لا مدخل فيه لأنه من المقادير أجيب بأن هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لأن ورود النص في خيار البيع بثلاثة أيام ورد فيه لأن التقدير بثلاثة أيام هناك إنما كان للتأمل والتقدير بها ههنا أيضا للتأمل وقوله (ولأنه كافر حربي) بيانه أنه كافر حربي لا محالة وليس يستأن من لأنه لم يطلب الأمان ولا ذى لأنه لم تقبل منه الجزية فكان حربيا

(قوله إلا أنه يستحب أن يستتاب لأنه بمنزلة كافر بلغته الدعوة) أقول تعليل لقوله يستحب أن يستتاب (قوله أجيب بأن هذا الخ) أقول فيه تأمل فإن المهلة في الخيار دفع احتمال الغبن وهو مفقود في المرتد مع أن مدة الخيار عنده ما غير مقتصرة على ثلاثة أيام قال المصنف (وهذا لأنه لا يجوز الخ) أقول بخلاف ما إذا استعمل فإن الإسلام حينئذ لا يكون وهو ما فإن الاستعمال للتأمل ودلائل الإسلام ظاهرة ولكن

قال (ويجبس ثلاثة أيام فإن أسلم والاقتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الإسلام فإن أبى قتل) وتأويل الاول أنه يستعمل فيمهل ثلاثة أيام لأن المدة ضربت لابلاء الأعذار وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أولم يطلب وعن الشافعي أن على الإمام أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهر فلا بد من مدة يمكنه التأمل فقدرناها بالثلاثة ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه ولأنه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استعمال وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لأمر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد

هو الدعوة إليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة بل مستحبة (قوله ويجبس ثلاثة أيام فإن أسلم) فيها (والاقتل) وهذا اللفظ أيضا من القدرى يوجب وجوب الاقتران بثلاثة أيام على ما عرف من الاخبار في مثله فذكر عبارة الجامع وهو قوله (وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الإسلام فإن أبى قتل) أي مكانه فإنه يفيد أن إظهاره الأيام الثلاثة ليس واجبا ولا مستحبا وإنما عينت الثلاثة (لأنها مدة ضربت لابلاء الأعذار) بدليل حديث جابر بن مقداد في الخيار ثلاثة أيام ضربت للتأمل لدفع الغبن وقصة موسى صلى الله عليه وسلم مع العبد الصالح أن سألتك عن شيء بعدها فلا تصاحبني وهي الثالثة إلى قوله قد بلغت من لدني عذرا وعن عمر رضي الله عنه أن رجلا أتاه من قبل أبي موسى فقال له هل من مغربة خبر فقال نعم رجل ارتد عن الإسلام فقتلناه فقال له هلا حبستموه في بيت ثلاثة أيام وأطعمتموه في كل يوم رغيفا لعله ينوب ثم قال اللهم اني لم أحضر ولم أمر ولم أرض أخرجه مالك في الموطأ لكن ظاهر تبرئ عمر رضي الله عنه يقتضي الوجوب ثم قال المصنف (وتأويل الاول) وهو قول القدرى الدال على وجوب امهال الأيام الثلاثة (أن يستعمل فيمهل) وظاهر المبسوط الوجوب فإنه قال إذا طلب التأجيل أجل ثلاثة أيام لأن الظاهر أنه دخل عليه شبهة فيجب علينا إزالة تلك الشبهة أو أنه يحتاج إلى التفكير ليتبين له الحق فلا بد من المهلة وإذا استعمل كان على الإمام أن يمهل ومدة النظر جعلت في الشرع ثلاثة أيام كافي الخيار ثم قال في حديث عمر المذكور الدال على الوجوب وتأويله أنه أعلاه طلب التأجيل (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أولم يطلب وعن الشافعي أن على الإمام أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل قتله قبلها لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهر فلا بد من مدة يمكنه فيها التأمل فقدرناها بثلاثة أيام) لما ذكرنا الصحيح من قول الشافعي أنه إن تاب في الحال والاقتل لحديث معاذ رضي الله عنه وقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه من غير تقييد بانظار وهو اختيار ابن المنذر وهذا إن أريد به عدم وجوب الاقتران فكذلك ههنا والاستدلال مشترك ومن الأدلة أيضا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهذا كافر حربي وإن كان أريد به نفي استحباب الامهال فنقول هذه الاوامر مطلقة وهي لا تقتضي الفور فيجوز التأخير على ما عرف ثم ثبت وجوبه بحديث عمر رضي الله عنه وقول المصنف (وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لأمر موهوم) ليس بجيد إذ يقتضي كراهية الامهال ثلاثة أيام وهو يخالف المذهب ويخالف ما ذكرنا من أنها لا امر المطلق لا يقتضي الفور إلا إذا خيف الفوات فإن قيل لأن سلم أن الاوامر المذكورة مطلقة بل مفيدة للعموم للفاء في قوله فاقتلوه لأنها تفيد الوصل والتعقيب قلنا تلك الفاء العاطفة وهي فاء السبب فإن قيل فنفي الوصل باعتبار أن المعلول لا يتأخر عن العلة قلنا المعلول وهو الحكم الشرعي وهو واجب قتله لم يتأخر عن علته المشبهة وهي كفره وأما استحباب الامتثال على الفور فشيء آخر (ولا فرق) في وجوب قتل المرتد (بين كون المرتد حرا أو عبدا) وإن كان يتضمن قتله إبطال حق المولى بالاجماع

بني ههنا بحث من وجهين أما أولا فلأن هذا التعليل يقتضي كراهية الامهال ثلاثة أيام وهو خلاف المذهب وأما (واطلاق تأنيق لان الامر لا يدل على الفور الا اذا خيف الفوات الآن يقال الفور يفهم من الفاء في فاقتلوه

وقوله (الاطلاق الدلائل) يعني قوله تعالى فاقتلوا المشركين وقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه (وكيفية توبته ان يتبرا عن الاديان كلها) يعني بعد الانبان بالشهادتين

(٣٨٧)

قال المصنف (وكيفية توبته ان يتبرا عن الاديان كلها سوى الاسلام) أقول قال الكاكي وفي المنية هو أن يقول تبت ورجعت الى دين الاسلام وأنا بريء من كل دين سوى دين الاسلام والاقرار بالبعث والتشور مستحب اه قال الاتقاني نقل الناطقي في الاجناس عن كتاب الارتداد للحسن فان تاب المرتد وعاد الى الاسلام ثم عاد الى الكفر حتى فعل ذلك ثلاث مرات وفي كل مرة طلب من الامام التأجيل أجله الامام ثلاثة أيام فان عاد الى الكفر رابعاً ثم طلب التأجيل فانه لا يؤجله فان أسلم والقتل وقال الكرخي في مختصره فان رجع أبضاً عن الاسلام فأتى به الى الامام بعد ثلاثة استنابه أيضاً فان لم يتب قتله ولا يؤجله فان هو تاب ضربه ضرباً وجيعاً ولا يبلغ به الحد ثم يجسه ولا يخرج منه من السجن حتى يرى عليه خشوع التوبة ويرى من حاله حال انسان قد اخلص فادافع عن ذلك حتى سبيله فان عاد بعد ما خلى سبيله فعلى به مثل ذلك ابدأ مادام يرجع الى الاسلام ولا يقتل الا أن يأتى أن يسلم وقال أبو الحسن الكرخي رجه الله وهذا قول أصحابنا جميعاً ان المرتد يستتاب أبداً وفي معراج الدراية وفي الزنديق لنار وابتان في رواية لا يقبل توبته كقول مالك وأحد وفي رواية تقبل كقول الشافعي اه

لاطلاق الدلائل وكيفية توبته ان يتبرا عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاء لحصول المقصود قال (فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل) ومعنى الكراهية ههنا ترك المسحب واتقاء الضمان لان الكفر مبيع للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب

(واطلاق الدلائل) التي ذكرناها (وكيفية توبته ان يتبرا عن الاديان كلها سوى دين الاسلام لانه لا دين له) قيل هو أن يقول تبت ورجعت الى دين الاسلام وأنا بريء من كل دين غير دين الاسلام قيل لكن هذا بعد أن يأتي بالشهادتين والاقرار بالبعث والتشور مستحب وبه قالت الاثمة الثلاثة (ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاء لحصول المقصود) وفي شرح الطحاوي سئل أبو يوسف عن الرجل كيف يسلم فقال يقول أشهد أن لا اله الا الله وأن محمداً عبده ورسوله ويقرب ما جاء به من عند الله ويتبرأ من الدين الذي اتخذه وان شهد أن لا اله الا الله وأن محمداً رسول الله وقال ولم أدخل في هذا الدين قط وأنا بريء منه أي من الدين الذي ارتد اليه فهي توبة انتهت وقوله قط يريد به معنى أبدأ لان قط ظرف لما مضى لا لما يستقبل وفي شرح الطحاوي اسلام النصراني أن يقول أشهد أن لا اله الا الله وأن محمداً عبده ورسوله ويتبرأ من النصرانية واليهودية كذلك يتبرأ من اليهودية وكذا في كل ملة وأما مجرد الشهادتين فلا يكون مسلماً لانهم يقولون بذلك غير أنهم يدعون خصوص الرسالة الى العرب فيصدق أنه رسول الله ولا يتم الاسلام به هذا فيمن بين أظهرنا منهم وأما من في دار الحرب لو حل عليه مسلم فقال محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو مسلم أو قال دخلت في دين الاسلام أو في دين محمد صلى الله عليه وسلم فهو دليل اسلامه فكيف اذا أتى بالشهادتين لان في ذلك الوقت ضيقاً وقوله هذا انما أراد به الاسلام الذي يدفع عنه القتل الحاضر فيحمل عليه ويحكم به بمجرد ذلك فلوارتد بعد ذلك قتلناه ولو ارتد بعد اسلامه ثانياً قبلنا توبته أيضاً وكذا ثالثاً ورابعاً الا أن الكرخي قال فان عاد بعد الثالثة بقتل ان لم يتب في الحال ولا يؤجل فان تاب ضربه ضرباً وجيعاً ولا يبلغ به الحد ثم يجسه ولا يخرج منه حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال المخلص حينئذ يخل سبيله فان عاد بعد ذلك فعل به كذلك ابدأ مادام يرجع الى الاسلام قال الكرخي هذا قول أصحابنا جميعاً ان المرتد يستتاب أبداً وما ذكر الكرخي مروي في النوادر قال اذا تكرر ذلك منه بضرب ضرباً مبرحاً ثم يجس الى أن تظهر توبته ورجوعه انتهى وذلك لاطلاق قوله تعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم وعن ابن عمر وعلى رضي الله عنهم لا تقبل توبته من كرر دته كالزندق وهو قول مالك وأحمد والليث لقوله تعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفراً الن تقبل توبتهم الآية قلنا تبت عدم المغفرة على شرط قوله تعالى ثم ازدادوا كفراً وفي الدراية قال في الزنديق لنار وابتان في رواية لا تقبل توبته كقول مالك وأحد وفي رواية تقبل كقول الشافعي وهذا في حق أحكام الدنيا أما فيما بينه وبين الله جل ذكره اذا صدق قبله سبحانه وتعالى بلا خلاف وما عن أبي يوسف لو فعل ذلك مراراً بقتل غيلة فسر به أن ينتظر فاذا أظهر كلمة الكفر قتل قبل ان يستتاب لانه يظهر منه الاستخفاف وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستنابة جائز (قوله فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه) أو قطع عضواً منه (كره ذلك ولا شيء على القاتل) والقاطع (لان الكفر مبيع) وكل جنابة على المرتد هدر (ومعنى الكراهية ههنا ترك المسحب) فهي كراهية تنزيهه وعند من يقول بوجوب العرض كراهية تحريم وفي شرح الطحاوي اذا فعل ذلك أي القتل أو القطع الاسلام ولا يقتل الا أن يأتى أن يسلم وقال أبو الحسن الكرخي رجه الله وهذا قول أصحابنا جميعاً ان المرتد يستتاب أبداً وفي معراج

(وأما المرتدة فلا تقتل) فان قتلها رجل لم يضمن شيئا كذا في المسوط وقوله (الماروي) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه وهذه الكلمة نعم الرجال والنساء كقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه (ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جنابة متغلظة) وكل ما هو جنابة متغلظة (يناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشارك ردة الرجل في هذه العلة فيجب أن تشاركها في موجبها) لأن الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الماهول وصار كالزنا وشرب الخمر والسرقه وفيه نظر لانه اثبات ما يدرك بالشبهات بالرأى (٣٨٨) (ولنا أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء) ولان القتل جزاء الكفر

(والأصل في الجزية تأخيرها إلى دار الجزاء وهي الآخرة لان تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء) الذي هو من الله تعالى اظهار علمه لان الناس يمتنعون خوفا من طوفه فصاروا في المعنى كالمجورين وفيه اخلال بالابتلاء (وانما عدل عنه) أي عن هذا الأصل إلى تعجيل بعضها (دفع الشر نازح وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء) لأن بنتين غير صالحات لذلك (بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية) والكافرة الاصلية لا تقتل فكذا المرتدة وما قيل إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة فقد قيل انه عليه الصلاة والسلام لم يقتلها بمجرد الرد بل لأنها كانت ساحرة شاعرة تم جوار رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان لها ثلاثون ابنا وهي تخرضهم على قتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بقتلها والجواب عما روي أنه ليس بمجرى على ظاهره لان التبديل يتحقق من الكافر إذا أسلم فعرفنا انه عام لحقه خصوص فيخص المتنازع فيه بما ذكرنا من المعنى

(وأما المرتدة فلا تقتل) وقال الشافعي تقتل الماروي ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جنابة متغلظة فتناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها ولنا أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء ولان الأصل تأخير الجزية إلى دار الآخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفع الشر نازح وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية

بغير اذن الامام أدب (قوله) وأما المرتدة فلا تقتل ولكن تجلس أبدأ حتى تسلم أو تموت) ولو قتلها قاتل لاشئ عليه لا حدرة كانت أو أمة ذكراه في المسوط ولم يذكر الضرب في الجامع الكبير ولا في ظاهر الرواية (وبروي) عن أبي حنيفة أنها (تضرب في كل أيام) وقدرها بعضهم بثلاثة وعن الحسن تضرب كل يوم تسعة وثلاثين سوطا إلى أن تموت أو تسلم ولم يخصه بحدرة ولا أمة وهذا قتل معني لأن مولاة الضرب تفضي اليه ولذا قلنا فيمن اجتمع عليه حدوده لا يقام عليه الحد الثاني ما لم يبرأ من الحد السابق كي لا يصير قتلا وهو غير المستحق ثم الأمة تدفع إلى مولاها فيجعل حبسها بيت السيد سواء طلب هو ذلك أم لا في الصحيح ويتولى هو جبرها قال المصنف (جمع بين الحقيين) يعني حق الله تعالى وحق السيد في الاستخدام فانه لا منافاة بخلاف العبد المرتد لا فائدة في دفعه اليه لانه يقتل ولا يبقى له يمكن استخدامه ولا تسترق الحرة المرتدة مادامت في دار الاسلام فان لحقت بدار الحرب حينئذ تسترق اذا سميت وعن أبي حنيفة في النوادر تسترق في دار الاسلام أيضا قبل ولو أفتى بهذه لأبأس به فبمن كانت ذات زوج حسم القصد ها السبي بالردة من اثبات الفرقه وينبغي أن يشترط الزوج من الامام أو من بها الامام له اذا كان مصرفا لانها صارت بالردة فبالسليم لا يختص بها الزوج فملكها وينفسخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الاسلام فيرتد ضرر قصدها عليها قبل وفي السلا لا تولى استولى عليها التروأجروا أحكامهم فيها وأبقوا المسلمين كما وقع في خوارزم وغيرها اذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لانها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة إلى أن يشترطها من الامام وقد أفتى الدبوسي والصفار وبعض أهل سمرقند بعدم وقوع الفرقه بالردة ردا عليها وغيرهم مشوا على الظاهر ولكن حكوا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج وتضرب خمسة وسبعين سوطا واختاره قاضخان للفتوى وعند الأئمة الثلاثة تقتل المرتدة واقتصر المصنف على خلاف الشافعي قال (الماروي) من قوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وهو حديث في صحيح البخاري وغيره قال (ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جنابة متغلظة) هي جنابة الكفر (وجنابة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها) وهو القتل (ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء) كما مر في الحديث الصحيح وهذا مطلق بيم الكافرة أصليا وعازوا ثبت تعليله صلى الله عليه وسلم بالعلة المنصوصة كما قدمناه في الحديث من عدم حرايمها فكان مخصصا عموم ما رواه بعد أن عموم مخصص عن بدل دينه من

الكفر

إذا أسلم فعرفنا انه عام لحقه خصوص فيخص المتنازع فيه بما ذكرنا من المعنى

(قال المصنف ولنا أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء الخ) أقول لكنه مخصص فانما اذا قتلت نفسها بحديدة عمد اقتصر بجواز تخصيصه بالقياس الذي ذكره الشافعي (قوله لان تعجيلها يخل إلى قوله لان الناس الخ) أقول تعليل لقوله يخل بمعنى الابتلاء الخ (قوله خوفا من طوفه) أقول أي لحوق الجزاء في الدنيا قال المصنف (وانما عدل عنه الخ) أقول قال ابن الهمام لا جزاء على فعل الكفر فان جزاءه أعظم عند الله تعالى من ذلك إيه فيه كلام لانه بأباه ظاهر قوله وانما عدل عنه

قال (ويزول ملك المرتد عن أمواله برده زوالا مراعي) أي موقوفا إلى أن يبين خاله (فإن أسلم عادت على حالها قالوا) أي المشايخ (هذا عند أبي حنيفة وعندهما لا يزول لأنه مكلف محتاج) وكل من هو كذلك يجب عدم زوال ملكه لأنه لا يتمكن من إقامة موجب التكليف إلا بالملك فيبقى ملكه (إلى أن يقتل كالحكوم عليه بالرجم والقصاص) والجامع أن كلا منهم مكلف مباح الدم (وله أنه حربي مقهور تحت أيدينا) بدليل أنه يقتل (ولا يقتل إلا بالحرب) فكان القتل ههنا مستلزما للحرب لأن نفس الكافر ليس بمبيع له ولهذا لا يقتل إلا على المقعد والشيخ الفاني وقد تحقق الملزوم (٣٩٠) بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلا بد من لازمه وهو كونه حربيا (وهذا) أي كونه حربيا

مقهورا تحت أيدينا (بوجب زوال ملكه ومالكينه) لأن المقهورة إمارة المملوكية فإذا كان مقهورا ارتفعت مالكينه وارتفعها يستلزم ارتفاع الملك لأن ارتفاع المالكية مع بقاء الملك محال (غير أنه مدعو إلى الإسلام بالإجبار عليه وعوده مرجو) وذلك بوجب بقاء المالكية لأنه متى مكلف محتاج إلى ما يتمكن به من أداء ما كلف به بالنظر إلى الأول يزول ملكه وبالنظر إلى الثاني لا يزول (فتوقفنا في أمره) وقتنا بزوال الموقوف (فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم وصار كأن لم ير مسلما ولم يعمل السبب وإن مات أو قتل على رده أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه) لا يقال إذا كان كذلك كان الواجب أن لا يخرج المال عن ملكه كما هو مقتضى هذا الدليل في غير هذا الموضع لانا نقول ذلك مقتضاها إذا تساوى الجهتان وأفضى إلى الشك

قال (ويزول ملك المرتد عن أمواله برده زوالا مراعي) فإن أسلم عادت على حالها قالوا هذا عند أبي حنيفة وعندهما لا يزول ملكه لأنه مكلف محتاج فإلى أن يقتل يبقى ملكه كالحكوم عليه بالرجم والقصاص وله أنه حربي مقهور تحت أيدينا حتى يقتل ولا يقتل إلا بالحرب وهذا بوجب زوال ملكه ومالكينه غير أنه مدعو إلى الإسلام بالإجبار عليه ويرجى عوده إليه فتوقفنا في أمره فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم وصار كأن لم ير مسلما ولم يعمل السبب وإن مات أو قتل على رده أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه

(قوله ويزول ملك المرتد عن أمواله برده زوالا مراعي) أي موقوفا غيريات في الحال (فإن أسلم عادت أمواله على حالها) الأول (وإن مات أو قتل على رده أو لحق بدار الحرب وحكم) الحاكم (بلحاقه استقر أمره فعمل السبب) وهو كونه كافرا حربيا (عمله) مستند إلى وقت الردة كالمستقر بشرط الخيار ثبت ملكه عند الإجازة مستندا إلى وقت البيع وجعله كخيار المجلس عند الشافعي يقتضي أنه ملك بات ثم يرتفع بالخيار شرعا كالرجوع في الهبة وبه صرح بعض الشارحين حين ورد عليه أن لا معنى لزوال المراسي والموقوف لأنه إما أن يزول أولا فأجاب بأنه يزول ثم يعود بالإسلام وهذا ليس واقعا والام يستند إلى ما قبله كالملك الرجوع بالرجوع (قالوا) أي المشايخ (هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه) والاصح من قول الشافعي مثل قوله وبه قال مالك وأحمد في رواية وقولهما قول آخر للشافعي وجهه (أنه مكلف محتاج) ولا يتمكن من إقامة التكليف إلا بعمله وأثر الردة في إباحة دمه لا في زوال ملكه فإن لم يقتل يبقى ملكه وصار كالحكوم عليه بالرجم والقصاص لا يزول ملكه ما لم يقتل (ولابى حنيفة أنه كافر حربي مقهور تحت أيدينا إلى أن يقتل) والملك عبارة عن القدرة والاستيلاء على التصرف في المال ولا يكون ذلك إلا بالعصمة وكونه حربيا (بوجب زوال ملكه ومالكينه) ومقتضى هذا أن يزول في الحال على البتات (الأنه مدعو إلى الإسلام ويرجى عوده إليه) لأنه كان ممن دخله وعرف محاسنه وأنس به نسأل الله حفظه علينا إلى الجنة بمنه وكرمه فالغالب على الظن عوده إلى الإسلام (فتوقفنا في أمره فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم) وهو زوال الملك (وصار كأن لم ير مسلما ولم يعمل السبب) عمله وإن ثبت منه أحد ما قلنا عمل عمله من وقت وجوده ولا يخفى أن الحرب لا توجب انتفاء الملك بل زوال العصمة فإن الحربى ملك غير أن مملوكه لا عصمة له فإذا استولى عليه زال ملكه فكون المرتد حربيا قصارى ما يقتضى زوال عصمة ماله ونفسه تبعاً وهو لا يبقى قيام الملك في الحال فلا يوجب الحكم بالزوال مستندا ولهذا زاد قوله مقهورا تحت أيدينا فيكون ماله مستنولى عليه وأعلم أن حقيقة المراد أن بالردة يزول ملكه زوالا باتا فإن استمر حتى مات حقيقة أو حكماً بالحق استمر الزوال الثابت من وقت الردة وإن عاد الملك وهما هربا من الحكم بالزوال لأن الساقط لا يعود فيقول أبو حنيفة إن الردة لما اقتضت الزوال والاجماع على أنه إن عاد ماله قائم كان أحق به وجب أن يعمل بهما فيقول بالردة يزول

وههنا ليس كذلك فإن جهة الخروج ظن وجهة عدمه دونه فيلزم التوقف وانما قيد بقوله في حق هذا الحكم ثم احترازاً عن إحباط طاعته ووقوع الفرقة بينه وبين أمره أنه وتجديد الإيمان فإن الارتداد بالنسبة إليها قد عمل عمله

(قوله وعندهما لا يزول لأنه الخ) أقول منقوض بملك المرفوق كما يشير إليه دليل أبي حنيفة (قوله والجامع أن كلا منهم الخ) أقول فيه بحث (قال المصنف وهذا بوجب زوال ملكه ومالكينه) أقول قوله ومالكينه كأنه عطف تفسيري (قوله يستلزم ارتفاع الملك الخ) أقول لعل المراد ارتفاع إضافة الملك إليه والافتقار أن الملك نفسه غير مرتفع

وقوله (وان مات أو قتل على ردة) أعاده لانه لفظ القدوري رحمه الله والاول كان لفظه ذكره شرح الكلام وقوله (ثم هو مال حربي فيكون فياً) يعني بوضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار أنه مال ضائع وقوله (على ما بيناه) إشارة الى قوله لانه مكلف محتاج الخ وقوله (ويستند) يعني التورث (الى ما قبل ردة) فيجعل كأنها كنسبه (٣٩١) في حال الاسلام فورثته ورثته

منه من وقت الاسلام (ولابي حنيفة رحمه الله أنه يمكن الاستناد أي استناد التورث في كسب الاسلام لوجوده) أي لوجود الكسب (قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها) أي لعدم الكسب قبل الردة (ومن شرطه وجوده) قبلها أي ومن شرط استناد التورث وجود الكسب قبل الردة ليكون فيه تورث المسلم من المسلم لاننا لو قلنا بالتورث فيما كنسبه في حال الردة لزم تورث المسلم من الكافر وذلك لا يجوز (ثم انما يرثه من كان وارثه حالة الردة وبقي وارثه الى وقت موته) حتى لو حدث له وارث بعد الردة بأن أسلم بعض قرابته أو ولده من علوق حادث بعد ردة لا يرثه (في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) وهي رواية الحسن عنه (اعتبار الاستناد) يعني ان الردة يثبت بها الارث بعد وجود الاشياء الثلاثة الموت والقتل والحكم بالحكم بالحكم بدار الحرب وان لم يثبت قبل وجودها فلا وجدته صار كأن الوارث ورثه حين الردة فلا جل هذا شرط أن يكون وارثه الى وجود أحدهما

قال (وان مات أو قتل على ردة انتقل ما كنسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما كنسبه في حال ردة فياً) وهذا عند أبي حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد كلاهما لو رثته) وقال الشافعي كلاهما في لانه مات كافر والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا أمان له فيكون فياً ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبل ردة اذ الردة سبب الموت فيكون تورث المسلم من المسلم ولابي حنيفة أنه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ثم انما يرثه من كان وارثه حالة الردة وبقي وارثه الى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة اعتبار الاستناد

ثم بالعود بعود شرعاً هذا بعد اتفاقهما على عدم زوال ملكه قال الشيخ أبو نصر البغدادى إن أبا يوسف جعل نصرته بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص فتصير تبرعاً من جميع المال وجعله محمد بمنزلة المريض فتعتبر من الثلث وجه قول محمد أنه في معرض التلف فهو أسوأ من المريض حالاً وأبو يوسف يمنع ويقول المرتد متمكن من دفع الهلاك بالاسلام والمريض غير قادر عليه (قوله وان مات أو قتل على ردة أو حكم لمحاقه انتقل ما كنسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما كنسبه في حال ردة فياً) لجماعة المسلمين بوضع في بيت المال (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال كلا الكسبين لو رثته وقال الشافعي) ومالك وأحمد كلاهما في لانه مات كافر والمسلم لا يرث الكافر (اجماعاً) فبقي مال حربي لا أمان له لم يوحف عليه بخيل ولا ركاب (فيكون فياً ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه) من أنه مكلف محتاج الى آخره (فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبل ردة اذ الردة سبب الموت فيكون تورث المسلم من المسلم) وهذا لا ينقض على الشافعي الا اذا بينا الاستناد وهو أن يقال إن أخذ المسلمين له اذا لم يكن له وارث بطريق الوراثه وهو يوجب الحكم باستناده شرعاً الى ما قبل ردة والا كان تورث الكافر من المسلم ومحل الحديث الكافر الاصل الذي لم يسبق له اسلام أو نقول استحقاق المسلمين له بسبب الاسلام والورثة ساووا المسلمين في ذلك وترجوا بحجة القرابة فكانوا كقرابة ذات جهتين بالنسبة الى قرابة ذات جهة كالأخ الشقيق مع الأخ لأب قال تعالى أو من كان ميتاً فأحييناه (ولابي حنيفة) ما قاله في وجه التورث الا (انه انما يمكن في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة) وهي الموت فيستند الارث الى ما قبله وقد قلنا ان مجرد ردة زال ملكه فما كنسبه بعد الردة لا يقع بمالكه لم يمكن استناد التورث فيه الى ما قبل موته الحكمي أعني الردة لانه انما يرث ما هو مملوك للميت عند الموت فيظهر أن الاختلاف بينه وبين ما في تورث كسب الردة مبني على الحكم الخلفي المتقدم وهو أن المرتد تزول املاكه بالردة المستمرة على ما حققناه عنده وعندهما لا يزول حتى يتحقق الموت الحقيقي أو الحكمي بالحقا وإذا كان كذلك فما كنسبه في زمن الردة يكون مملوكاً له ثم اذا تحقق الموت وقلنا يوجب ارثهم اياه والقرض أن له مالا مملوكاً فلا بد من ارثهم له وارثهم ثم يستدعي استناده الى ما قبل ردة فيلزم بالضرورة اعتبار ما كنسبه في زمن الردة موجوداً قبلها حكماً لوجود سببه وهو نفس المرتد وان كان معدوماً حساً وقتئذ والله أعلم (قوله ثم انما يرثه من كان وارثه حالة الردة) بأن كان حراماً (وبني كذلك الى وقت موته) أو لحاقه (في رواية عن أبي حنيفة) رواها عنه الحسن بن زياد وهذا الاعتبار الاستناد في الارث فان المستند لا بد أن يثبت أولاً ثم يستند فيجب أن يصادف عند ثبوته من هو بصفة

(قوله وقوله ويستند يعني التورث) أقول فيه بحث فان المرتد قبل ردة حتى حقيقة وحكم فكيف يستند اليه التورث فانه يستلزم تقدم الحكم على السبب فليست في جوابه فالشرع جعل السبب هو الجزء المقدم على الردة من الزمان لئلا يلزم تورث المسلم من الكافر

(وعنه) أي عن أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف (أنه يرثه من كان وارثه عند الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته) أي بموت الوارث (بل يخلفه وارثه لأن الردة بمنزلة الموت) في التوريث ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه فهذا كذلك (وعنه) أي عن (٣٩٣) أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن محمد قبل وهو الأصح (أنه يعتبر وجود الوارث عند

الموت) يعني أحدا لا مورثا الثلاثة سواء كان موجودا وقت الردة أو حدث بعده (لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحدث قبل انعقاده كافي الولد الحادث من المبيع قبل القبض) في أنه يصير معقودا عليه بالقبض فيكون له حصته من الثمن قال في النهاية وحاصله أن على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونه وارثا وقت الردة وكونه باقيا إلى وقت الموت أو القتل حتى لو كان وارثا ثم مات قبل موت المرتد أو حدث وارث بعد الردة فانهما لا يرثان وعلى رواية أبي يوسف رحمه الله يشترط الوصف الأول دون الثاني وعلى رواية محمد يشترط الوصف الثاني دون الأول (وترثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل وهي في العدة لأنه يصير فارقا وان كان صحيحا) لأنها سبب للهلكة كالمرض فأنشبه رده إلى حصلت بها بينونة الطلاق في حالة المرض والطلاق البائن حالة المرض يوجب الارث إذا كانت في العدة فان قيل أبو حنيفة بسند التورث إلى ما قبل الردة وذلك يستلزم

وعنه أنه يرثه من كان وارثه عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لأن الردة بمنزلة الموت وعنه أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحدث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل على رده وهي في العدة لأنه يصير فارقا وان كان صحيحا وقت الردة

استحقاق الارث وهو المسلم الحر وكذا عند استناده حتى لو أسلم بعض قرابته أو ولد من علق حادث بعد الردة لا يرثه على هذه الرواية (وعنه أنه يرثه من كان وارثا عند الردة) فقط من غير اشتراط بقاءه بالصفة إلى الموت وهذه رواية عن أبي يوسف عنه (فلا يبطل استحقاقه) أي استحقاق من كان وارثا عند الردة بعروض موت ذلك الوارث أو رده بعد ردة أبيه (بل) إذا مات أو ارتد (يخلفه وارثه) وهو وارث الوارث وعلى هذه الرواية عول الكرخي لأن الردة بمنزلة الموت فيعتبر وقتها الاستحقاق المبررات (وعنه أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت) واللاحق وهي رواية محمد عنه قال في المبسوط وهذا أصح (لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحدث قبل انعقاده) ألا ترى أن الولد الذي يحدث من المبيع بعد البيع قبل القبض يجعل كالموجود عند ابتداء العقد في أنه يصير معقودا عليه ويكون له حصته من الثمن إلا أنها غير مضمونة حتى لو هلك في بدا البائع قبل القبض بغير فعل أحد هلك بغير شيء وبقي الثمن كله على البائع فلو كان من بحيث يرثه كافرا أو عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل أن يموت أو يلحق أو أسلم ورثه وهو قول أبي يوسف ومحمد إلا أن الكرخي حكى بينهما خلافا في اللحاق فعند أبي يوسف يعتبر حال الوارث يوم الحكم باللاحق وعند محمد يوم اللحاق لا الحكم وجه أبي يوسف أن العارض يعني الردة منصور زواله فتوقف ثبوت حكمه على القضاء ووجه محمد أن اللحاق تزول به العصمة والامان والذمة في حق المستأمن والذي فكان هذا بمنزلة المكاتب يموت ويترك وفاء فتؤدي الكتابة فأنه يعتبر حال وارثه يوم مات لا حال أداء الكتابة وجوابه من قبل أبي يوسف أن اللحاق ليس حقيقة الموت المأبوس عن ارتفاعه ليست الحكم به بلا قضاء بل في حكمه لا تقطاع ولا يتنا عنه وأحكامنا فلا يثبت به أحكام الموت قبل أن يتأكد ذلك بالحكم به (قوله وترثه امرأته) أي المرأة المسلمة (إذا مات أو قتل) أو لحق بدار الحرب (وهي في العدة لأنه يصير فارقا وان كان صحيحا وقت الردة) وهذا لأن الردة لما كانت سبب الموت وهي باختياره أشبهت الطلاق البائن في مرض الموت وهو يوجب الارث إذا مات وهي في العدة لأنه فارق ولو كان وقت الردة مريضاً فلا اشكال في ارثها وقديقال كون الردة تشبه الطلاق قصارها أن يجعل بالردة كأنه طلقها والفرض أنه صحيح وطلاق الصحيح لا يوجب حكم الفرار التحقيق أن يقال بالردة كأنه مرض مرض الموت باختياره بسبب المرض ثم هو باصراره على الكفر مختارا في الاصرار الذي هو سبب القتل حتى قتل بمنزلة المطلق في مرض الموت ثم يموت قتيلا أو حتف أنفه أو بطاقه فيثبت حكم الفرار وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنها ترثه وان كانت منقضية العدة لأنها كانت وارثه عند رده وبه قال أبو يوسف وهو تفريع على رواية الاكتفاء بالتحقق بصفة الوارث حال الردة فقط وهي رواية أبي يوسف وما في الكتاب على رواية الحسن من اعتباره وبقائه بالصفة إلى الموت أو على رواية اعتباره وقت موته فقط هذا واشترط قيام العدة يقتضي أنها موطوءة فلا ترث غير المدخولة وهو كذلك وذلك أن مجرد الردة تبين غير المدخولة لا إلى عدة فتصير أجنبية ولما لم تكن الردة موتا حقيقيا حتى ان المدخولة انما

تعتد

ان لا يتفاوت الحكم بين المدخول به او غير المدخول به لان الردة موت وامرأة الميت

ترثه سواء كانت مدخولا بها أو لم تكن أوجب بأن الموت الحقيقي سبب للارث حقيقة فيستوي فيه المدخول بها وغيرها وأما الردة فانها جعلت موتا حكما ليكون تورث المسلم من المسلم فهي ضعيفة في السببية فلا بد من تقريرها بما هو من آثار النكاح من الدخول وقيام العدة

وقوله (بخلاف المرتد عند أبي حنيفة رضي الله عنه) فإن ما اكتسبه في حال ردة فهو في عهده وافرقة بينهم ما يقوله لاثلة لأحزاب منها ومعناه فلا تقتل انذاك لما تقدم من الملازمة وحاصل الفرق أن المرأة لا تقتل والرجل يقتل ومعناه أن عصمة المال تبع لعصمة النفس وبالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذلك عصمة مالها بخلاف الرجل فلما كانت (٣٩٣) عصمة مالها باقية بعد ردتها كان كل

واحد من الكسبيين ملكها فيكون ميراثا لورثتها (ورثتها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة) والقياس ان لا يرثها لان فرار الزوج انما كان يتحقق اذا مات وهي في العدة الا ترى انه لو طلقها قبل الدخول بها في مرضه لم يكن لها الميراث لانها ليست في عدته ثم ههنا العدة على الرجل فينبغي ان لا يرثها الزوج ووجه الاستحسان ما أشار اليه بقوله (لقصد ما ابطال حقه) وبيانه أن حقه تعلق بماله بمرضها فكانت بالردة فاصدة ابطال حقه فارة عن ميراثه فيرد عليها قصد ما يكفي جانب الزوج بخلاف ما اذا كانت صحيحة حين ارتدت لانها باقية بنفس الردة فلم تصر مشرفة على الهلاك لانها لا تقتل بخلاف الرجل فلا يكون في حكم الفارة المريضة فلا يرث زوجها منها (قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا) ان لحق المرتد بدار الحرب وحكم القاضي بطحاؤه (عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت الديون

والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب النفي بخلاف المرتد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصد ما ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بماله بالردة بخلاف المرتد قال (وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بطحاؤه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته من المسلمين) وقال الشافعي يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فأشبه الغيبة في دار الاسلام تعتد فيها بالحيض لا الا شهر لم ينتهض سببه الارث اذا لم يكن عند موت الزوج أو طحاؤه أثر من آثار النكاح لان الارث وان استند الى الردة لكن يتقرر عند الموت وبهذا أيضا لا يرث المنقضية عدتها (قوله والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها) اذا المرأة لا حراب منها سواء كانت كافرة أصلية أو صارت كافرة (فلم يوجد سبب النفي) وهو سقوط عصمة نفسها المستتعبة لسقوط عصمة مالها فيبقى كل من كسب اسلامها ورثتها على ملكها فغير ثمة ما ورثتها (بخلاف المرتد عند أبي حنيفة رحمه الله) فان كسبه في الردة في لكونه محاربا في الحال أو في المال بالحاق فلا يملك له كونه مال حربي مقهور تحت أيدي فلا يرث (قوله ويرثها زوجها المسلم اذا كانت ارتدت وهي مريضة) فماتت من ذلك المرض أو لحقت بدار الحرب مع ذلك المرض لانها قصدت الفرار من ميراث الزوج بعد ما تعلق حقه بماله بسبب مرضها بخلاف ما لو ارتدت وهي صحيحة فانها بردتها هذه لم تبطل له حقا متعلقا بماله وهذا التفريق فيه جعل ردتها كطلاقه فردتها في مرضها كطلاقه في مرضه وردتها في صحتها كطلاقه في صحتها وبه لا يكون فارقا اذا عرض له موت وهي في العدة بخلاف ما قررناه في جانب الرجل فان ردة في صحتها ترث اذا عرض له موت فلو جمعت ردة كطلاقه باثنا كان مطلقا في صحتها وعروض الموت للمطلق في صحتها لا يوجب له حكم الفرار فلذا جعلنا ردة كباشرته لسبب مرضه ثم باصراره جعل مطلقا في مرضه فاذا مات ثبت حكم الفرار (قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بطحاؤه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت ديونه) الموجبة (ونقل ما اكتسبه في دار الاسلام الى ورثته المسلمين) باتفاق علمائنا الثلاثة وكذا ما اكتسبه في أيام ردة على قولهما كما مر ولا يفتعل شيء من ذلك ما كان مقيما في دار الاسلام وأما ما أوصى به في حال اسلامه فالمدكور في ظاهر الرواية من المسوط وغيره أنها تبطل مطلقا من غير فرق بين ما هو قربة وغير قربة ومن غير ذلك خلافه وذكر الوالحي أن الاطلاق قوله وقواها ما أن الوصية بغير القربة لا تبطل لان لبقاء الوصية حكم الابتداء وابتداء الوصية بغير القربة بعد الردة عنده ما تصح وعند أبي حنيفة تتوقف فكذا هنا قيل وأراد بالوصية بغير القربة الوصية للنسأحة والمغنية وقال الطحاوي لا تبطل فيما لا يصح الرجوع عنه وحل اطلاق محمدا بطلان الوصية على وصية يصح الرجوع عنها ووجه البطلان مطلقا أن تنفيذ الوصية لحق الميت ولا حق له بعد ما قتل على الردة أو لحق بدار الحرب فكان ردة كرجوعه عن الوصية فلا يبطل ما لا يصح الرجوع عنه كالنذير لأن حق العتق ثبت للدبر وبهذا عرف معنى تقييد الطحاوي الذي ذكرناه آنفا (وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يبقى ماله موقوفا) ويحتفظ الحاكم الى أن يظهر موته أو يعود مسلما فإخذه (لأنه) أي اللحاق (نوع غيبة فأشبه الغيبة في دار الاسلام

(٥٥ - فتح القدير رابع) التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته المسلمين) عندنا (وقال الشافعي رضي الله عنه يبقى ماله موقوفا) وهو أحد أقواله (لانه نوع غيبة فأشبه الغيبة في دار الاسلام) والجامع كونه غيبة كما ترى وهو ضعيف جدا

قال المصنف (ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت) أقول وفيه أنه يلزم توريث المسلم من الكافرة وأجيب بان ردتها في حكم العدم واسلامها باق حكما لانها بعد الردة تجبر على الاسلام ونجس وباعتبار الجبر والنجس كأنها مسلمة الى هذا أشار في المبسوط

(ولنا أنه بالحق صار من أهل الحرب حقيقة وحكما) أما حقيقة فلا تدين أظهرهم واعتقاده كاعتقادهم وأما حكمهم فلا تدين أبداً بل
أحراره نفسه بدار الإسلام (٣٩٤) حين عاد إلى دار الحرب صار حرباً على المسلمين فأعطى حكم أهل الحرب في دار

الحرب وهم كالميت في حق المسلمين قال تعالى أو من كان ميتاً حينئذ ولنا ولاية الازام منقطعة عنهم (كما هي منقطعة عن الموتي الآن لحاقه لا يستقر الا بقضاء القاضي لاحتمال العود اليها فلا بد من القضاء فاذا تقرر موته الحكمي ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها) يعني قوله عتق مدبروه الخ (كما في الموت الحقيقي) (قوله ثم يعتبر) ظاهره الضمير في لتقرر للحاق وقيل للسبب وهما متقاربان (قوله هذا رواية عن أبي حنيفة) هو رواية زفر رحمه الله وقوله (وعنه) أي عن أبي حنيفة رضي الله عنه (أنه يبدأ بكسب الاسلام) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (قوله وعنه) أي عن أبي حنيفة أيضاً وهو رواية أبي يوسف عنه (على عكسه) وهو أن يبدأ في قضاء الدين بكسب الردة (قوله وجه الاول أن المستحق بالسبين) أي المداينتين (مختلف) وتقريره أن المستحق بالسبين مختلف مختلف والمؤدى من كسب واحد غير مختلف فالمستحق بالسبين غير مؤدى من كسب واحد فلا بد من أدائه من كسبين تحقيقاً للاختلاف

ولنا أنه بالحق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام لا تقطاع ولاية الازام كما هي منقطعة عن الموتي فصار كالموت لأنه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود اليها فلا بد من القضاء فاذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثاً عنه لحاقه في قول محمد لان الحاق هو السبب والقضاء لتقرر بقطع الاحتمال وقال أبو يوسف وقت القضاء لأنه يصير موتاً بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف (وتقتضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما كتسبه في حال الاسلام وما لزمه في حال رده من الديون يقتضى مما كتسبه في حال رده) قال العبد الضعيف عصمه الله هذه رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وعنه أنه يبدأ بكسب الاسلام وان لم يف بذلك يقتضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول أن المستحق بالسبين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي

وهذا لأن الدار عندهم واحدة (ولنا أنه بالحق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام لا تقطاع ولاية الازام أحكامهم كما هي منقطعة عن الموتي) بخلاف القبية في بلدة أخرى من دار الاسلام فان أحكام الاسلام وولاية الزمان ثابتة فيها فلا يلحق بذلك واذا صار للحاق كالموت لأنه حقيقة الموت لا يستقر حتى يقتضى به سابقاً على القضاء بشئ من هذه الاحكام المذكورة في الصحيح لأن القضاء بشئ منها يكفي بل يسبق القضاء بالحاق ثم ثبتت الاحكام المذكورة وليكونها كالموت قلنا اذا لحقت الحربية فلزوجهما أن يتزوج بأختها قبل انقضاء عدتها ولائها لا عدة على الحربية من المسلم لان في العدة حق الزوج وتباين الدارين مناف له ولو سببت أو عادت مسلمة لم يضر نكاح أختها لأن العدة بعد أن سقطت لا تعود (ثم المعتبر في كون الوارث وارثاً عنه للحاق في قول محمد لأنه السبب والقضاء انما لزم لتقرر بقطع الاحتمال) أي احتمال عوده أي للحاق لا يوجب احكام الموت الا اذا كان مستقراً وهو امر غير معلوم في القضاء به يتقرر (وعند أبي يوسف) يعتبر كونه وارثاً (وقت القضاء) حتى لو كان من بحيث يرث وقت الردة كافر أو عبداً أو وقت القضاء مسلماً معتقاً ورث عند أبي يوسف لا عند محمد وهذا (لأنه) أي للحاق انما (يصير موتاً بالقضاء) لأنه بمجرد غيبة فتقرر لها بالقضاء به ويتقرر يصير موتاً والارث يعتبر عند الموت وقد من تمام وجهي القوانين (والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف) في المرتد وعلى الاحكام التي ذكرناها من عتق مدبريها وحلول ديونها (قوله) وتقتضى ديونه التي لزمته في حال الاسلام مما كتسبه في حال الاسلام وديونه التي لزمته في حال رده مما كتسبه في حال رده) وعلى هذا فان فضل من كسب الاسلام عن ديون الاسلام شيء ورثته الورثة والا ليرثون شيئاً ولو فضل عن ديون الردة شيء من كسب الردة عند أبي حنيفة أنه لا يرث لأنه لا يرث كسب الردة قال المصنف رحمه الله (وهذا التفصيل المذكور رواية عن أبي حنيفة) قيل رواها زفر عنه ولم ينسب الكرخي هذا إلى أبي حنيفة بل قال وقال زفر والحسن ما لحقه في حال الاسلام إلى آخره (وعنه أنه يبدأ بكسب الاسلام) فيقتضى منه الدينان جميعاً فان وفي فكسب الردة في جماعة المسلمين ولا يرث الورثة شيئاً في هذه الصورة الا أن يفضل عن كسب الاسلام شيء عن الدينين (فان لم يف كل من كسب الردة) وهذه رواية الحسن بن زياد عنه (وعنه على عكسه) وهو أن يقتضى الدينان جميعاً من كسب الردة فان وفي بالديون ورثت الورثة كسب الاسلام كله وان لم يف كل من كسب الاسلام وورثت الورثة ما فضل ان فضل شيء وهذه رواية أبي يوسف عنه (وجه الاول) وهو التفصيل (أن المستحق بالسبين) وهو دين الاسلام ودين الردة (مختلف وحصول كل من الكسبين باعتبار السبب الذي

وجب

وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي

(قوله وهم كالميت في حق المسلمين قال الله تعالى أو من كان ميتاً حينئذ) أقول فيه بحث

وجوبه المستحق وهو الدين فيضاف أداؤه اليه ليكون الغرم بازاء الغرم وقوله (وجه الثاني) تقريره أن كسب الاسلام ملكه وكل ما هو ملكه يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين وأما كسب الردة فليس بملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر بان لم يكن له كسب الاسلام فان قيل لما لم يكن ملكه كيف يؤدي منه دينه أجاب بقوله (كلاذمي اذامات ولا وارث له) فلم يبق له ملك فيما كنسبه بل يكون ماله لعامة المسلمين ومع ذلك لو كان عليه دين يقضى منه وقوله (وجه الثالث) ان كسب الاسلام حق الورثة) تقريره كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه وقضاء الدين من خالص حقه أولى منه من حق غيره الا اذا تعذر بان لم يف به فينشد يقضى دينه من كسب الاسلام بتقديم الحقه وفيه بحث من أوجه الاول ما قيل ان هذا يناقض قوله أما كسب الردة فليس بملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة (٣٩٥) والثاني أن كون كسب الاسلام حق الورثة ممنوع فان حقه انما يكون منعافا بالتركة بعد الفراغ عن حق المورث والثالث أن قضاء الدين من خالص حقه واجب ومن حق غيره ممنوع فلا وجه لقوله فكان قضاء الدين منه أولى وأجيب عن الاول بان المعنى من خلوص الحق ههنا هو أن لا يتعلق حق الغريم بما ثبت التعلق في مال المريض ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس ملك له وكذلك الذي اذامات ولا وارث له على ما ذكرنا آنفا وعن الثاني بان الدين انما يتعلق بماله عند الموت لا بما زال من قبل وكسب الاسلام قد زال وانتقل بالردة الى الورثة وكسبه في الردة هو ماله عند الموت فيتعلق الدين به وعن الثالث بان كسب الاسلام بعرضية ان يصير خالص حقه بالتوبة فكان أحدهما خالص حقه والاخر بعرضية أن يصير خالص حقه ولا شك أن قضاء الدين من الاول أولى هذا على طريقة أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يقضى دينه من الكسبين جميعا لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما على ما تقدم من مذهبهما قال (وما باعه أو اشتراه) ذكر التصرفات التي اختلف عليها راجعهم الله في نفاذه وتوقفه وقال وهو ذا عند أبي حنيفة وانما قال كذلك لان المسئلة من مسائل القدوري وليس الخلاف فيه مذكورا في هذا الموضع وبين أقسام تصرفات المرتد وهو واضح الامانة كره فقوله يجوز ما صنع في الوجهين يريد باحدهما الاسلام وبالثاني القتل والموت والحقاق وقوله لانه لا يقتصر الى حقيقة الملك وتعمام الولاية نشر لقوله كالاستيلاء والطلاق فقوله الى حقيقة الملك يعني في الاستيلاء فلو ولدت جارية له وادعى نسبه ثبت منه ويرثه هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية أم ولد له لان حقه في ماله أقوى من حق الاب في جارية الابن واستيلاء الاب صحيح فكذلك استيلاءه حيث لا يحتاج الى حقيقة الملك وانما يكتفي فيه بحق الملك

وجوبه الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغرم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه أما كسب الردة فليس بملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فينشد يقضى منه كذاذمي اذامات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث أن كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه أولى الا اذا تعذر بان لم يف به فينشد يقضى من كسب الاسلام بتقديم الحقه وقال أبو يوسف ومحمد تقضى ديونه من الكسبين لانهم جميعا ملكه حتى يجري الارث فيه - ما والله أعلم قال (وما باعه أو اشتراه أو اعتقه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه من أمواله في حال رده فهو موقوف فان أسلم صحت عقوده وان مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت) وهذا عند أبي حنيفة

وجوبه الدين فيقضى كل دين من الكسب الذي حصل به ليكون الغرم بالغرم وجه الثاني وهو رواية الحسن (أن كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شروط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث) وهو مقدار ما عليه من الدين (فيقدم الدين) مطلقا (عليه) أما كسب الردة فليس بملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عند أبي حنيفة فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فينشد يقضى منه) فان قيل كيف يقضى منه وهو في عنده غير ملوك له بل لجماعة المسلمين أجاب فقال لا بعد في هذا (فان الذي اذامات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين) ومع ذلك ان كان عليه دين يقضى منه أولا وما فضل يكون للمسلمين (فكذلك ههنا) قال في المبسوط وعلى هذا لا ينقد تصرفه في الرهن وقضاء الدين من كسب الاسلام (وجه الثالث) وهو رواية أبي يوسف (أن كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه) بمعنى أنه ما يتعلق به حق الغير كما يتعلق في مال المريض والافه وقد ذكرنا أملاكه تزول غير أنه لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس ملكه وإذا كان خالص حقه (كان قضاء دينه منه أولى الا اذا لم يف به فينشد يقضى من كسب الاسلام بتقديم الحقه) قال في المبسوط وعلى هذا نقول عقد الرهن كقضاء الدين فاذا قضى دينه من كسب الردة أو رهنه بالدين فقد فعل عين ما كان يحق فعله فهذه ثلاث روايات عن أبي حنيفة ولو لم يكن له مال الا ما كنسبه في حال رده قضى منه (وقال أبو يوسف ومحمد تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه عندهما) حتى يجري فيهما الارث (قوله وما باعه) المرتد (أو اشتراه أو اعتقه أو رهنه

يصير خالص حقه ولا شك أن قضاء الدين من الاول أولى هذا على طريقة أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يقضى دينه من الكسبين جميعا لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما على ما تقدم من مذهبهما قال (وما باعه أو اشتراه) ذكر التصرفات التي اختلف عليها راجعهم الله في نفاذه وتوقفه وقال وهو ذا عند أبي حنيفة وانما قال كذلك لان المسئلة من مسائل القدوري وليس الخلاف فيه مذكورا في هذا الموضع وبين أقسام تصرفات المرتد وهو واضح الامانة كره فقوله يجوز ما صنع في الوجهين يريد باحدهما الاسلام وبالثاني القتل والموت والحقاق وقوله لانه لا يقتصر الى حقيقة الملك وتعمام الولاية نشر لقوله كالاستيلاء والطلاق فقوله الى حقيقة الملك يعني في الاستيلاء فلو ولدت جارية له وادعى نسبه ثبت منه ويرثه هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية أم ولد له لان حقه في ماله أقوى من حق الاب في جارية الابن واستيلاء الاب صحيح فكذلك استيلاءه حيث لا يحتاج الى حقيقة الملك وانما يكتفي فيه بحق الملك

(قوله وجوبه المستحق وهو الدين الخ) أقول قوله وهو راجع الى المستحق (قوله أجاب بقوله كذاذمي الخ) أقول فيه بحث لوضوح الفرق بينهما

وقوله (ونعم الولاية) يعني في الطلاق فإنه يصح من العبد مع قصور الولاية على نفسه فإن قبل الفرقة تنفع بين الزوجين بالارتداد فكيف يتصور الطلاق من المرتد أجيب بان المرتد يقع طلاقه كالوا بان الرجل امرأته ثم طلقها طلاقاً بائناً على ما عرف على أنه محتمل أن يوجد الارتداد ولا تنفع الفرقة كالوارتداد معاً (قوله لأنه) أي كل واحد من النكاح والذبيحة (يعتمد الملة ولا ملة له) لأنه ترك ما كان عليه ولا يفر على ما دخل فيه لوجوب القتل واستشكل بان المراد بالملة أن كان الاسلام ينتقض بنكاح أهل الكتاب وذبايحهم وإن كان المراد بها الملة السماوية ينتقض بصفة نكاح المجوس والمشركين فيما بينهم فانهم ليس لهم ملة سماوية لا مقررة ولا محرفة وقد حكم بصفة نكاحهم ولهذا يحكم القاضي بالنفقة والسكنى (٣٩٦) وجريان التوارث بين الزوجين منهم وأجيب بان المراد بالملة ما يندبون به نكاحاً يقررون

عليه ويجري به التوارث بين الزوجين لأن ما هو الغرض من النكاح يحصل عند ذلك وهو التوالد والتناسل والمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما لأن المرتد يقتل والمرتدة تحبس فكيف يتم لهما هذا لا غرض من النكاح بخلاف المجوس وأهل الشرك فانهم دائرون يقررون عليه قبل الاسلام وبعده إن لم تكن المرأة من محارمه فكانت المصالح منتظمة وقوله (كالمفاوضة) معناه ان المرتدان فاض مسلماً توقف فان أسلم نفذت المفاوضة وإن مات أوقتل أو قضى بلحاظه بدار الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق (قوله وهو ما عددناه) يعني قوله وما باعه أو اشتراه الخ وقوله (على ما قررناه) إشارة إلى قوله لأنه مكلف يحتاج الخ وقوله (ولهذا الولد ولد بعد الردة لستة أشهر) توضيح

وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على أقسام نافذة بالاتفاق كالاستيلاء والطلاق لأنه لا يقتصر إلى حقيقة الملك ونعم الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لأنه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ويختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما أن الصفة تعتمد الاهلية والنفاذية تمتد الملك ولا يخفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطباً وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا الولد ولد بعد الردة لستة أشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفاته إلى آخره) قال المصنف رحمه الله (اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام نافذة بالاتفاق كالاستيلاء والطلاق لأنه لا يقتصر إلى حقيقة الملك في الاستيلاء ولا إلى تمام الولاية) في الطلاق فان الاستيلاء يصح في جارية الابن وحق المرتد في ماله أقوى من الاب في جارية ابنه ولذا تصح دعوى المولى ولأمة مكانه وحق المرتد في ماله أقوى من حق المولى في كسب المكاتب لأن المال موقوف على حكم ملكه حتى إذا أسلم كان له بلا سبب جديد ولا ملك للاب والمولى فيهما والطلاق يقع من العبد مع قصور ولايته فإنه لا ولاية له على نفسه وأورد عليه أن بالردة تحققت الفرقة فكيف يقع الطلاق أجيب بأنه لا يلزم من وقوع البيونة امتناع الطلاق وقد سلف أن المبانة يلحقها صريح الطلاق مادامت في العدة وصرح في المحيط بأن الفرقة بالردة من قبيل الفرقة التي يلحقها الطلاق مع أن الردة لا تلزمها الفرقة كالوارتداد معاً ومن هذا القسم تسليم الشفعة وقبول الهبة والجر على عبده المأذون لأنها لا تنبئ على حقيقة الملك (وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لأنها تعتمد الملة ولا ملة له) لأنه غير مقرر على ما انتقل اليه من دين سماوي أو غيره كالشرك فهو بمنزلة من لا ملة له وهذا حاصل ما فسر به ظهير الدين من أن المراد بالملة التي يدينون بملك النكاح التوارث والتناسل والمرتد لا يتحقق في نكاحه شيء من ذلك لأنه لا يقرحياً ومن هذا القسم ارثه وأما الارث منه فقد تقدم أنه ثابت لورثته المسلمين (وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم لأنها تعتمد المساواة) بين الشريكين (ولامساواة بين المسلم والمرتد) فيوقف عقد المفاوضة فان أسلم نفذت وإن مات أوقتل أو قضى بلحاظه بطلت بالاتفاق لكن نصير عتائنا عندهما وعند أبي حنيفة تبطل أصلاً لأن في العنان وكالة وهي موقوفة عنده (ويختلف في توقفه وهو ما عددناه) من بيعه وشرائه وعتقه ورهنه ومنه الكتابة وقبض الديون والاجارة والوصية عنده هي موقوفة ان أسلم نفذت وإن مات أوقتل أو قضى بطلت (لها أن الصفة) للعاملات التي ذكرناها (تعتمد الاهلية) لها (والنفاذية تمتد الملك ولا يخفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطباً) بالايان وكذا قتلته فرع كونه مكلفاً (وكذا ملكه لقيامه قبل موته على ما قررناه) يعني من قوله مكلف محتاج إلى آخره وبما بوضوح كون ملك المرتد باقياً أنه لو ولده ولده من امرأة مسلمة أو أمة مسلمة لستة أشهر فصاعداً ورثه ولو كان ملكه زائلاً لم يرثه هذا الولد ولو أن

لوجود ملك المرتد يعني فلو كان الملك زائلاً لم يرثه هذا الولد لكونه علقه بعد الارتداد وقوله (ولو مات ولده بعد الردة) يعني لو مات ولده المولود قبل الردة بعد ما قبل موت المرتد لا يرثه فلو لم يكن ملكه فاعلم بعد الردة لورثته هذا الولد لأنه كان حياً وقت الردة لا بفاذا ثبت وجود الاهلية وقيام الملك يصح تصرفه لكن على الاختلاف المذكور في الكتاب

قال المصنف (نافذ بالاتفاق كالاستيلاء الخ) أقول في الكافي وتسليم شفعته والجر على عبده المأذون اه وعدا الامام التمرناشي الخ على المأذون من المختلف في توقفه (قوله وان كان المراد بها الملة السماوية الخ) أقول وأيضاً المرتد اذا ارتد إلى النصرانية أو اليهودية كان له ملة سماوية إلا أن يقال الشرع لم يجعلها ملة حيث أجبر على العود إلى الاسلام

وقوله (على ماقررناه في توقف الملك) اشارة الى ما قدمه من قوله انه حربي مفهور تحت ايدينا (وتوقف التصرفات بناء عليه) أي على توقف الملك وقوله (لتوقف حاله) أي حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن وقوله (٣٩٧) (وكذا المرتد) يعني حاله بتوقف

بين القتل والاسلام ثم هناك ان استرق أو قتل بطل وان تركه نفذ فكذلك ههنا واعترض عليه بان الحربي الذي دخل دارا بغير أمان يكون فيأ فكيف تتوقف تصرفاته والاعتراف بجواز المن يسقط الاعتراض وقوله (واستحقاقه القتل)

جواب عن قولهما ولا خفاء في الاهلية وتقريره لان السلم وجود الاهلية لان العصمة تقتضي أهلية كاملة وليست بوجوده في المرتد كما أنها ليست بوجوده في الحربي لان كل واحد منهما يستحق القتل لبطلان سبب العصمة وهو كونه آدميا مسلما وذلك بوجوب الخلل في الاهلية وقوله (في الفصلين) يريد به فصل الحربي وفصل المرتد فان قيل لو كان استحقاق القتل موجبا للخلل في الاهلية مؤثرا في توقف التصرفات لكان تصرفات الزاني المحصن الذي يستحق الرجم وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل أجاب بقوله (لان الاستحقاق في ذلك) يعني أن الاستحقاق الموجب للخلل هو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة والزاني والقاتل ليسا كذلك لان الاستحقاق فيهما (جزاء على الجنابة) وقوله (وبخلاف

الا ان عند أبي يوسف نصح كما نصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تراخ فلا يقتل وصار كالمرتدة وعند محمد نصح كما نصح من المريض لان من انتحل الى فجلة لاسيما معرضا عما نشأ عليه قلمائتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولا يبي حنيفة انه حربي مفهور تحت ايدينا على ماقررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالخربي يدخل دارا بغير أمان فيؤخذ ويغهر وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فأوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجنابة وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل (فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاظه بدار الحرب الى دار الاسلام مسلما فواجده في بدورته من ماله بعينه أخذه) لان الوارث انما يخلفه فيه

ولده قبل الردة مات بعد ما قبل موته ولحاظه لا يرثه واذا كان ملكا قائما وأهليته نفذت تصرفاته عندهما (الا ان عند أبي يوسف نصح كما نصح من الصحيح) من جميع المال (لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تراخ فلا يقتل) فلا يكون كالريض (وعند محمد نصح من الثالث) كما نصح من المريض لان من انتحل فجلة لاسيما اذا كان بها (معرضا عما نشأ عليه قلمائتركه) فكان بذلك على شرف الهلاك كالريض مرض الموت الا أن أبا يوسف يقول بيده دفع القتل عنه والموت على ذلك بتجديد الاسلام بخلاف المريض (ولا يبي حنيفة رحمه الله انه حربي مفهور تحت ايدينا على ماقررناه في توقف الملك) أي عوده لما حررناه من أن المراد أنه يزول ملكه برده ثم يعود ويعوده الى الاسلام من انه حربي مفهور بنفسه وماله تحت ايدينا (وتوقف التصرفات بناء عليه) فان التصرفات الشرعية المذكورة توجب أملا كالمن قامت به وزوال املاك مثلا البيع يوجب أن يملك المبيع وان يخرج من ملكه الثمن والاجارة كذلك والفرص أن ليس مع الردة ملك فامتنع افادة هذه التصرفات أحكامها في الحال فان أسلم أفادته حين وقعت وهذا معنى التوقف (قصار) المرتد) كالخربي يدخل دارا بلا أمان فيؤخذ (أي يؤسر) فتوقف تصرفاته لتوقف حاله حيث كان للامام الخيار بين استرقاقه وقله فان قتل أو أسلم تنفذ منه هذه وأسلم لم يؤخذ له مال (فكذا المرتد) وقوله (واستحقاق الخ) جواب عما يقال المرتد يجب أن يكون كالقاضي عليه بالقصاص والرجم لانه مفهور تحت ايدينا للقتل عينا خصوصا فان لا يمكن له حالة غير القتل بخلاف المرتدان غيرها محتمل في حقه لاحتمال اسلامه ومع ذلك لا يزول ملك واحد منهما عن ماله وتصرفاتهما نافذة فأجاب بالفرق (بان استحقاق القتل في الفصلين) أي الحربي والمرتد (لبطلان العصمة) بانتفاء سببها وهو الاسلام (فأوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني والقاتل عدا لان استحقاق القتل بذلك السبب جزاء على الجنابة) مع بقاء سبب العصمة وهو الاسلام فيبقى ما كان حقيقته لبقاء عصمة ماله لقيام سببها ولهذا لو قتل القاتل غيرولى القصاص قتل به وانما يقتل كل منهما بما هو من حقوق تلك العصمة (بخلاف المرتدة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل) قال أبو اليسر ما قاله أحسن لان المرتد لا يقبل الرق والقهري يكون حقيقيا لا حكما والملك يبطل بالقهري لا الحقيقى ولهذا المعنى لا يبطل ملك المقتضى عليه بالرجم وحاصل مراده أن المنافي للملك الاسترقاق ليس غير لكنه ممنوع عند أبي حنيفة بل نقول انما أوجب الاسترقاق ذلك في الاصل للقهري الكائن بسبب حرايته وهو موجود في المرتد فيثبت فيه ذلك بطريق أولى لان الرق يتصور معه ملك النكاح بخلاف قهر المرتد (قوله وان عاد المرتد بعد الحكم بلحاظه الى دار الاسلام مسلما فواجده في بدورته من ماله بعينه) نقدا أو عرضا (أخذه) لان الوارث انما يخلفه فيه

المرأة) جواب عن قولهما وصار كالمرتدة قال (فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاظه) أي اذا عاد المرتد بعد الحكم بلحاظه بدار الحرب الى دار الاسلام (مسلما فواجده في بدورته من ماله بعينه أخذه) لان الوارث انما يخلفه فيه

لاستغناؤه عنه) حيث دخل دار الحرب (٣٩٨) (واذا عاد مسلماً احتاج اليه فيقدم عليه) أي على الوارث قال شمس الأئمة الحلواني

رحمه الله في هذا ولو كان هذا بعد موته حقيقة بان أحياء الله تعالى وأعادته إلى الدنيا كان الحكم فيه هكذا لأنه خلاف العادة (بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه) فإنه لا سبيل له لأنه أزاله في وقت كان فيه بسبيل من الإزالة فنفذت (وبخلاف أمهات الأولاد والمدبرين) فإنه لا سبيل له عليهم (لان القضاء بعقوبتهم قد صح بدليل صحيح) وهو قضاء القاضي بالحاقه عن ولاية لأنه لو كان في دار الإسلام كان له أن يمينه حقيقة فإذا خرج عن ولايته كان له أن يمينه حكماً فإذا كان قضاؤه عن ولاية نفذ والعنق بعد وقوعه لا يحتمل النقص (ولو جاء مسلماً قبل قضاء القاضي بذلك فكأنه لم ير مسلماً) فأمهات أولاده ومدبروه على حالهم لا يعتقون بقضاء القاضي وما كان عليه من الديون فهو إلى أجله كما كانت (لما ذكرنا) يعني من قوله إلا أنه لا يستقر لحاقه بالإبقاء القاضي وقوله (وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية) ظاهر وقوله (فلما قلنا) إشارة إلى قوله لأنه لا يقتفر إلى حقيقة الملك ثم حكم تمام ستة أشهر حكم الأكثر منها وانما قد سبق له لا أكثر من ستة أشهر احترازاً عما إذا جاء به لا أقل من ستة أشهر

لاستغناؤه وإذا عاد مسلماً احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل صحيح فلا ينقض ولو جاء مسلماً قبل ان يقضى القاضي بذلك فكأنه لم ير مسلماً كذا (وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فحقت بولده لا أكثر من ستة أشهر منذ ارتد فادعاء فهي أم ولده والولد حراً وهو ابنه ولا يرثه وان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة أو لحق بدار الحرب) أما صحة الاستبلااد فلما قلنا وأما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية والولد تبع له لقربه إلى الاسلام الجبر عليه فصارت حكم المرتد والمرثه لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها لانها خيره ما دينا والمسلم يرث المرتد

لاستغناؤه) عنه بالموت المحكوم به (وإذا عاد مسلماً) فقد أحياء الله تعالى حياة جديدة ولذا قلنا في المرتدة المتزوجة اذا لحقت وعادت مسلمة عن قريب تتزوج من ساعته لانها فارغة من النكاح والعدة كأنها حية الآن قال تعالى أو من كان ميتاً فأحييناه فاذا حي (احتاج اليه فيقدم على الوارث) وعلى هذا أحياء الله سبحانه وتعالى ميتاً حقيقة وأعادته إلى دار الدنيا كان له أخيراً في يد ورثته (بخلاف ما أزاله الوارث عن ملكه) سواء كان بسبب بقبول الفسخ كبيع أو هبة أو لا يقبله كعتق وتبديل واستبلااد فإنه يعضى ولا يعود له فيه ولا يضمنه (وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه) لا يعودون في الرق (لان القضاء بعقوبتهم قد صح بدليل صحيح) له وهو اللحاق مرتد إلا أنه كالموت الحقيقي فنفذ والعنق بعدئذ لا يقبل البطلان ولا وهم أولاهم أعني المرتد الذي عاد مسلماً هذا إذا جاء مسلماً بعد الحكم بالحقاق ولو جاء مسلماً قبل الحكم بالحقاق (فكأنه لم ير مسلماً) كأنه لم يرتد قط (لما ذكرنا) من أنه لا يستقر لحاقه إلا بالقضاء وما لم يستقر لا يرث فتكون أمهات أولاده ومدبروه على حالهم أرفاء وما كان عليه من الديون الموجهة لا تحمل بل تكون إلى أجهالهم لم تفر والموت وصار كالعبد اذا أبق بعد البيع قبل القبض ثم عاين كان بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء بالفسخ وان عاد قبله جعل الأباقي كأن لم يكن (قوله) وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية (أو يهودية) كانت له في حالة الاسلام فحقت بولده ستة أشهر أو أكثر (ولو إلى عشر سنين) منذ ارتد فادعاء فهي أم ولده والولد حراً وهو ابنه) ونبت لأمه حق أمية الولد (ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات) المرتد (على رده أو لحق بدار الحرب) أما صحة الاستبلااد من المرتد فلما قلنا أنه لا يقتفر إلى حقيقة الملك حتى صح استبلااد الاب جارية الابن والعبد المأذون جارية من تجارته ذكره أبو الليث في شرح الجامع الصغير (وأما أنه لا يرثه فلان الام اذا كانت يهودية أو نصرانية يجعل الولد تبعاً للمرتد لا لأمه) لقرب المرتد إلى الاسلام للجبر عليه والظاهر أنه لا يؤثر القتل على العود (فصار الولد في حكم المرتد والميراث لا يرث المرتد) ولا غيره (وأما اذا كانت الام مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها لانها خيره ما دينا والمسلم يرث المرتد) ولا يقال لم يجعل تبعاً لدار فيما اذا كانت الام نصرانية لأنه انما يجعل تبعاً لدار اذا لم يكن معه أحد أبويه بأن يسبي وليس معه أحدهما أو يلتقط في دار الاسلام ولا يظن أن هذا ينتقض بما اذا ارتد الابوان المسلمان ولهما ولد صغير ولد قبل ردهم فانه يبقى مسلماً مع وجودهما لان الحكم باسلامه في هذه الصورة ليس لتبعية الدار بل لأنه كان حين ولد مسلماً فيبقى على ما كان عليه بخلاف مسألة الكتاب لأنه لم يسبق للولد حكم الاسلام اذ لم يوجد في زمن اسلامهما وتقييد المسئلة بما اذا جاءت به لسنة أشهر فصاعداً احترازاً عما اذا جاءت به لا أقل من ستة أشهر فانه يرثه اذا مات أو لحق أو قتل على رده وذلك لليقين بمحصول العلق في حالة اسلام أبيه المرتد فكان الولد مسلماً والمسلم يرث المرتد وفي الفوائد الظهيرية ما ذكر في الكتاب أن الارث يستند إلى حالة الاسلام فيكون نورث المسلم من المسلم لم فيما اكتسبه في حالة الردة يضعف بهذه المسئلة لان الولد يعني ولد الامة المسلمة هناك لم يكن موجوداً حال

الاسلام فان الولد يرث أباه المرتد وان كانت أمه نصرانية لا نأخذنا حينئذ بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلماً تبعاً لآبائه وأما اذا جاءت به لسنة أشهر من وقت الردة لم يتيقن بعلاق الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلماً باسلام الاب قبل الردة

(واذا لحق المرتد بما له بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو في) أي المال في عدون نفسه ويجوز أن يكون المال فيأدون نفسه كمشركي العرب (وان لحق ثم رجع) يعني وان لحق وحكم القاضي بلحاظه ثم رجع (وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم) والفرق بين المستثنين ان الاول مال لم يجز فيه الارث فهو مال (٣٩٩) الحربي واذا ظهر على مال الحربي فهو في ولا محالة (والثاني انتقل

الى وورثته بقضاء القاضي بلحاظه فكان الوارث مالكا قديما) والمالك القديم اذا وجد ماله في الغنمة قبل القسمة أخذ مجانا فان لم يكن القاضي حكم بلحاظه والمسئلة بحالها ففي ظاهر الرواية رد على الورثة أيضا لانه متى لحق بدار الحرب فالظاهر انه لا يعود فكان مينا ظاهرا وفي بعض روايات السير يكون فيا لحق للورثة فيه لان الحق لا يثبت لهم الا بالقضاء (واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكانت له الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبه والولاء للمرتد الذي أسلم) أما جواز الكتابة (فلا تله لوجه الى بطلانها لنفوذها بدليل منفذ) وهو قضاء القاضي بالحق ثم بعد ذلك إيمان يبقى المكاتب على ملك الابن أو ينتقل الى الاب لا سبيل الى الاول لان الكتابة لا تنحل بملك الرقبة وقد ذكرنا ان المرتد اذا عاد مسلما أخذ ما وجد به عينه في بدو ارثه ولا الى الثاني لان المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من

(واذا لحق المرتد بما له بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو في) فان لحق ثم رجع وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم) لان الاول مال لم يجز فيه الارث والثاني انتقل الى الورثة بقضاء القاضي بلحاظه فكان الوارث مالكا قديما (واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكان له الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبه والولاء للمرتد الذي أسلم) لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهة وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه (واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب

الاسلام ومع هذا برث فعلم ان الصحيح ما رواه محمد بن أبي خنيفة أن من كان وارثا عند موته سواء كان موجودا وقت الردة أو حدث بعدها انتهى وقد قدمنا أنه أصح من قول شمس الأئمة وعلى هذا فيكون تخصيصا لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرث المسلم الكافر بالكفر الاصل الا أنه محتاج الى دليل التخصيص ويمكن كونه دلالة الاجماع على ارث المسلمين ماله اذا لم يكن له وارث لان ذلك لاسلامهم على ما قدمناه فارجع اليه وهذا كله بناء على كونه اذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر يحكم بأن العلق بعد الردة والوجه انه متى جاءت به أمته النصرانية لمدة يتصور العلق فيها في حالة الاسلام يجب أن يعتبر العلق فيها وهذا يمكن اذا جاءت به لافل من سنتين بلحظة لانه أحوط للحكم بالاسلام لانه على هذا الاعتبار يعلق مسلما ويرثه وان كان خلاف المذهب كالذي جاءت به لافل من ستة أشهر الا أن على هذا الوجاهة به لتمام سنتين فصاعد لا يرث (قوله واذا لحق المرتد بما له بدار الحرب ثم ظهر) المسلمون (على ذلك المال فهو في) باجماع الأئمة الأربعة وانما يخالف الأئمة الثلاثة فيما كان في دار الاسلام من الباقي من ماله على ما تقدم أنه عندهم محفوظ له الى أن يظهر موته فيه صيرفيا ولا يشكل كون ماله فيأدون نفسه فان مشركي العرب كذلك (وان لحق ثم رجع وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال) فخكم الورثة فيه حكم مالك مال استولى عليه الكفار ثم ظهر عليه فوجد ماله كونه وهو أنهم (ان وجدوه قبل القسمة رد عليهم) وان وجدوه بعدها أخذوه بقيمة ان شاؤوا ولو كان مثليا فقد تقدم انه لا يؤخذ لعدم الفائدة ثم جواب هذا الكتاب أعنى الجامع الصغير وهو ظاهر الرواية لا يفصل بين ان يكون عوده وأخذ ماله بعد القضاء بلحاظه أو قبله اما اذا كان بعد القضاء بالحق فظاهر لانه تقرر الملك للورثة ثم استولى عليه الكافر وأحرز بدار الحرب وأما اذا عاد قبله كان عوده وأخذ ماله بلحاظه نائبا يرجع جانب عدم العود ويؤكد فيه قرينه ومما احتج الى القضاء بالحق لصيرورته ميراثا لا يترجع عدم عوده فيتقرر اقامته ثم فيتقرر موته فكان رجوعه وأخذ ماله ثم عوده نائبا بمنزلة القضاء وفي بعض روايات السير جعله فيا لافل بمجرد الحاق لا بصير المال لملك الورثة والوجه ظاهر الرواية (قوله واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكانت له الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة) خلافا للأئمة الثلاثة (والولاء والمكاتبه) أي بدل الكتابة (للمرتد الذي أسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ) وهو القضاء بالعبد ولا الى نقل الملك الى الاب لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك فجعل كائن الابن وكيل عنه فانه لما لحق بدار الحرب كان كانه سلط ابنه على التصرف في ماله (وحقوق العقد ترجع الى الموكل في الوكالة) بالكتابة (والولاء لمن يقع العتق عنه) فلذا كان الولاء للمرتد الذي عاد مسلما بخلاف ما اذا كان أدى بدل الكتابة الى الابن فان الولاء حينئذ يكون للابن (قوله واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب

جهته لان في الوكالة خلافة احتسابا ليلفأ حكم الحاكم في صحة الكتابة فكانت له وكله في كتابة عبده (وحقوق العقد فيه) أي في عقد الكتابة (ترجع الى الموكل) وأما ان الولاء للمرتد الذي أسلم فلا نالوا لمن أعنت والعتق انما يحصل منه بعد أدائه بدل الكتابة بخلاف ما اذا رجع مسلما بعد أدائه بدل الكتابة لان الملك الذي كان له لم يبق قائما حينئذ قال (واذا قتل المرتد رجلا) كلامه واضح

أو قتل على رده فالدية في مال اكتسبه في حال الاسلام خاصة عند أبي حنيفة وقالوا الدية فيما اكتسبه في حال الاسلام والردة جميعا) لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ نصرته في الحالين ولهذا يجري الارث فيهما عندهما وعند ماله المكتسب في الاسلام لنفاذ نصرته فيه دون المكسوب في الردة لتوقف نصرته واهـ اذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيما عنده (واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعباد بالله ثم مات على رده من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة) أما الاول فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر قد يهدر بالابراء فكذا بالردة وأما الثاني وهو ما اذا لحق ومعناه اذا قضى بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى فاذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي بينه ان شاء الله تعالى قال (فان لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة)

أو قتل على رده فالدية في مال اكتسبه في حال اسلامه خاصة عند أبي حنيفة وقالوا في مال اكتسبه في الردة والاسلام) أما أن الدية في ماله (فلان العواقل لا تعقل المرتد) لان تحملهم العقل باعتبار نصرتهم اياه التي بها يقوى على الجرأة ولا نصرة منهم للرتد وأما أنهما عنده في كسب الاسلام فقط فلانه لا يملك غيره عنده وعندهما يملك الكل فيكون ماله من الكل وعلى هذا اذا غصب مالا فاسده يجب ضمانه في مال الاسلام وعندهما في الكل وعلى هذا لو لم يكن له كسب الاسلام واكتسب في الردة تهدر الجناية عند أبي حنيفة خلافا لهما (وقوله وماله المكتسب) ماله مبتدأ والمكتسب خبره والاولى في مثله الاثبات بضمير الفصل لرفع توهم الصفة لانه تركه للاهتمام اليه لفساد المعنى على الصفة وجناية العبد والامة والمكاتب المرتدين كجنايتهم في غير الردة لان الملك فيهما قائم بعد الردة والمكاتب يملك كسابه في الردة فيكون موجب جنايته في كسبه والجناية على المالك المرتدين هدر (قوله) واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعباد بالله ثم مات على رده من ذلك القطع أو لحق ثم جاء مسلما ومات منه فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة) فيهما (أما الاول) وهو وجوب نصف الدية فيما اذا مات فلان القطع وان وقع على محل معصوم لكن السراية التي بها صار القطع قسلا حلت المحل بعد زوال عصمته فاهدرت اذ لو لم تهدر وجب القصاص في النفس للعمدوا ايضا صار اعتراض زوال العصمة شبهة في سقوط القصاص في البدن واذا اهدرت السراية وجب دية البدل لان هذا القدر وقع زمن العصمة وأقل ما فيه دية البدن (بخلاف ما لو قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك) القطع فانه لا يجب الضمان أصـ لان القطع وقع في وقت لا قيمة له اقبية وهو وقت الردة فكانت هـ درا (والهدر لا يلحقه الاعتبار) أما المعتبر فقد يلحقه الاهدار بالابراء فكذا بالردة) وأما الثاني وهو وجوب نصف الدية اذا لحق ثم عاد مسلمات من القطع قال المصنف (ومعناه اذا قضى بلحاقه فانه صار ميتا تقديرا) بالقضاء بالحاق (والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى) على أن مقتضى لانه ما ثبت سراية بعد انقطاع حكم القطع فوجب الاقتصاص على موجب القطع الواقع في حال العصمة من حيث هو قطع لا قصاص فيه وفي ذلك نصف دية النفس فوجب للورثة (وأما اذا لم يقض بلحاقه) حتى عاد مسلمات (فهو على الخلاف الذي بينه) قال شمس الاثمة الصحيح انه على الخلاف وقال نحر الاسلام لان نص فيه ثم قال وهو على الاختلاف ويريد بقوله الذي بينه ما يدكر من ان على قول محمد يجب نصف الدية وعلى قوله مادية النفس كاملة فيما تلي هذه وهي قوله وان لم يلحق أي المقطوع يده مسلما اذا ارتد ثم أسلم فمات من القطع من غير تخلل لحاق

وقوله (لانعدام النصرة) يعني أن التعاقب انما يكون باعتبار التناصر وأحد لا ينصر المرتد فتكون الدية في ماله كسائر ديونه وماله هو المكتسب في حال الاسلام دون الردة عند أبي حنيفة رضي الله عنه (وعندهما الكسبان جميعا ماله) فقوله وعند ماله المكتسب مبتدأ وخبر وكان المقام مقتضيا اضمير الفصل ليفصله عن الصفة (قوله أما الاول) يعني ما اذا مات على رده (قوله فاهدرت) يعني السراية لانها لو لم تهدر لوجب القصاص في العمد والدية الكاملة في الخطا لان قطع البدن صار نفسا (بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك) فانه لا يضمن القاطع من ذلك شيئا وان كان معصوما وقت السراية (لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار) يعني اذا لم يقع معتبرا ابتداء لا ينقلب معتبرا بعد ذلك لان غير الموجب لا ينقلب موجبا (أما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذا بالردة) (قوله فان لم يلحق وأسلم) يعني اذا قطع يد المسلم ثم ارتد والعباد بالله تعالى ولم يلحق بدار الحرب ثم أسلم ثم مات فعليه الدية كاملة

(قوله في جميع ذلك) أي فيما اذا مات على رده أو لحق ثم جاء مسلماً أو لم يلحق وأسلم وقوله (لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا يتقلب بالاسلام إلى الضمان) دليله أن الردة معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شيء فكذلك اذا لم يمت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه أو تفاخض بالبيع ثم مات العبد لم يجب الادية اليد كما لو مات على البيع لأن البيع معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شيء لأن الاقدام على البيع إبراء عن الجناية من حيث المعنى وصار كما اذا قطع يده ثم تدفأ سلم سواء مات من القطع أو لم يمت حيث لا يجب ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني بناء على الاصل المأثور أن المهدر لا يلحقه الاعتبار (ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم) لأن الفرض انه قطع يده وهو مسلم وتمت على محل معصوم لأن الفرض أنه لم يلحق وأسلم فيجب ضمان النصف والباقي ظاهر وقوله (وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين) يعني اذا قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق أما لو عدم الملك عند اليمين أو عند الخنث لم يعتق وافرقت بين الردة والبيع بان الردة ليست بإبراء ولا مستلزمة له لأنها وضعت لتبديل الدين وتصح من غير ابراء الا أنه اذا مات على ذلك لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة بخلاف بيع العبد المجنى عليه لأن البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ما كلفه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البديل أيضاً صار كالإبراء وذكر في الاسلام رجه الله في شرح الجامع الصغير أن قول محمد وزفر رجهما الله قياس وقول أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما استحسان ولم يذكر في الكتاب ما اذا كان القاطع (٤٠١) هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوع

يده بالسراية مسلماً وحكمه أنه أن كان عند افلاشي له لأن الواجب في العمد القود وقد فات محله حين قتل على رده أو مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لأنه عند الجناية كان مسلماً وجناية المسلم اذا كانت خطأ على عاقلة وتبين بالسراية أن جنايته كانت قتلاً فهذا كانت على عاقلة دية النفس وان كانت الجناية منه في حال رده كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا أن المرتد لا يعقل جنايته أحد (قوله وأجيب بأن المراد

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر في جميع ذلك نصف الدية لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا يتقلب بالاسلام إلى الضمان كما اذا قطع يده ثم تدفأ سلم وله ما أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة وهذا لأنه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين

(فعند أبي حنيفة وأبي يوسف على القاطع دية كاملة) استحسانا (وعند محمد وزفر في جميع ذلك) يعني الصور الأربعة وهي ما اذا قطع يده مسلماً فارتد ومات على رده أو ارتد ثم أسلم بلا لحاق أو ارتد ولحق بعد القضاء أو قبله ثم عاد فأسلم (نصف الدية) قياساً ووجهه (ان اعتراض الردة أهدر السراية) حتى لو قتله قاتل لاشي عليه فاذا أسلم بعد ذلك (لا يتقلب الاسلام إلى الضمان) من غير سبب جديد وصار كما لو قطع يده ثم ارتد أو حربي فأسلم لا يجب على القاتل شيء (ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم) لأنه مسلم (وتمت فيه) لأنه مسلم في الحالين (فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة) وهذا لأن تتخللها كائن في حال البقاء فقط وانما يوجب سقوط العصمة في حال البقاء وبه ثبت الشبهة المسقطة للقصاص في النفس فيبقى ضمانها بالدية لأن سقوط العصمة في حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجناية الا لو كانت العصمة معتبرة حالة البقاء في ايجابها والواقع أنه لا معتبر ببقائها في ذلك وانما المعتبر قيامها في حال ابتداء الجناية لان عقاده سبباً وفي حال الموت لينتبت الحكم وهو الضمان (وحالة البقاء بعزل) اذ ليست حال انعقاد سبب الضمان ولا حال

(٥١ - فتح القدير رابع) بالملة ما يتدينون به نكاحاً حال (أقول قوله نكاحاً حال ثم أقول فيه تأمل فانه اذا أريد بالملة ذلك ينبغي أن تحمل ذباح الجحوس والمشركين وليس كذلك قال في النهاية فالحاصل ان حل الذبيحة يقتضي ملة تتلقى من الكتاب وصحة النكاح تقتضي ملة لو ماتت عليها يرثها من كان عليها بذلك النكاح انتهى فانظر ألا يلزم حينئذ الجمع بين الحقيقة والمجاز أو بين معنى المشرئ قال المصنف (والنفاذ الملك) أقول بالرفع عطف على الضمير في قوله يعتمد ولا يجوز النصب على المذهب المنصور لئلا يلزم العطف على معولي عاملين مختلفين وبهذا تبين ما في شرح الاتقاني من الخلل وأنت خير بانه حينئذ يكون معنى الكلام أن الصحة تعتمد النفاذ والملاك الآن يقال يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل وفيه بحث (قوله واعترض عليه بأن الحربي) أقول المعترض هو الاتقاني (قوله وصار كالمرتدة) أقول أنت خير بأن قوله وصار كالمرتدة ليس قولهما بل هو قول أبي يوسف قال المصنف (فما وجد في بدالخ) أقول قال في الكافي ولكن انما يعود إلى ملكه بقضاء أو رضا قال المصنف (والمسلم يرث المرتد) أقول وهذا يستقيم على رواية محمد من اشتراط كونه وارثاً عند الموت قال الامام العلامة الكاكي فعلم بهذا أن الصحيح ما رواه عن محمد عن أبي حنيفة (قوله لانها لو لم تهدر الخ) أقول فيه نوع مصادرة (قوله لان قطع اليد صار نفساً) أقول الظاهر أن يقال صار قتلاً (قوله سواء مات من القطع أو لم يمت الخ) أقول الاولى هو الاكتفاء بقوله اذا مات من القطع وبيان حكمه فان تعميمه يوهم أن لا يجب عند محمد وزفر نصف الدية أيضاً بناء على ما ذكره فتأمل

وقوله (وأما عند أبي حنيفة) أوجب فترجة الله يحتاج إلى الفرق بين المرتد الحر والمكاتب حيث لم يجعل كسبه ملكا له إذا كان حرا وجعله ملكا له إذا كان مكاتباً وجه الفرق ما ذكره من أن المكاتب مملوكاً كسبه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يتوقف بالردة لأنه لا يتوقف بحقيقة الموت فكذا بالحق الذي هو شبه الموت وإذا لم يتوقف العقد لم يتوقف إلا كسب الحاصلة بسببه واستوضح ذلك بقوله (الآثرى أنه) أي المكاتب (لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق فكذا بالآثرى) يعني الردة (بالطريق الأولى) وإنما كان الرق أقوى من الردة في الممانعة عن التصرف لأن بعض تصرفات المرتد نافذة بالاجماع كالاستيلاد والطلاق وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما وأما العبد فمنع عن التصرفات كلها ثم لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع كونه رقيقاً لم يتوقف تصرفه أيضاً مع أنه مرتد أولى قال صاحب النهاية رحمه الله قلت لشيخنا

(٤٠٣)

منع الردة عنه لأنه إذا لم يمنع

كل واحد منهما على الانفراد حاز أن يمنعاً عند الاجتماع لأن الاجتماع تأثيراً كافياً للشاهدين ثم اجتمع ههنا للمكاتب ثلاثة أوصاف كونه مكاتباً ورقيقاً ومرتداً فجاء أن يكون ممنوعاً عند اجتماع هذه الأوصاف قال رحمه الله أما الكتابة فهي مطلقة للتصرف لا مانعة وأما الرق والردة فكل واحد منهما مانع في المنع عن التصرف بانفراده فلا يثبت الرجحان بزيادة العلة كما إذا أقام أحد المدعين أربعة من الشهود بل الرجحان انما يثبت بوصف في العلة لا بالعلّة نفسها إلى هذا القطة وأرى أن الجواب بحسب النظر غير مطابق للسؤال لأنه ما برز السؤال من حيث أن إحدى علة المنع تعارض علة الإطلاق وترجح بالأخرى بل أبرز من

(وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فأخذ بماله وأبى أن يسلم فقتل فإنه يوفى مولاة مكاتبته وما بقي فلورثته) وهذا ظاهر على أصله ما لا نكسب الردة ماله إذا كان حراً فكذا إذا كان مكاتباً وأما عند أبي حنيفة فلا لأن المكاتب انما يملك أ كسبه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا أ كسبه الآثرى أنه لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق فكذا بالآثرى بالطريق الأولى

ثبوت حكمه (فصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين) لا عبرة به بل الاعتبار بقيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط حتى إذا قال لزوجتي ان دخلت فأنت طالق ثم أبانهم تزوجها فدخلت طلقت وكذا العبدان فعلت فأنت حرة فباعه ثم اشتراه ففعل عتق وكذا وجود النصاب في إيجاب الزكاة المعبر بوجوده أول الحول لينعقد السبب وفي آخره ليثبت حكمه هذا إذا كان المقطوع يده هو الذي ارتد فلو كان القاطع هو الذي ارتد ففي المبسوط فان قتل ومات المقطوع يده من القطع مسلماً فإن كان عسداً فلا شيء له لأن الواجب القصاص وقد فات محله حين قتل على رده أو مات وإن كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لأنه عند إيجابه كان مسلماً وجناية المسلم خطأ على عاقلة وتبين بالسراية أن جنايته كانت قتلاً فكانت على عاقلة ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية في الخطأ في ماله لما ينشأ أن المرتد لا يعقل جنايته أحد (قوله وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا) في أيام رده يني بكتابته (فأخذ بماله) أي أسر (وأبى أن يسلم فقتل فإنه يوفى مولاة مكاتبته وما بقي فلورثته) وهذا ظاهر على أصله ما لا نكسب الردة ماله إذا كان حراً فكذا إذا كان مكاتباً إذا الكتابة لا تبطل بالموت فبالردة أولى وإذا كان ملكه قضيت منه مكاتبته (وأما عند أبي حنيفة رحمه الله) فيشكل لأنه لا يملكه كسب الردة إذا كان حراً وملكه إياه مكاتباً ووجهه (أن المكاتب انما يملك أ كسبه بعقد الكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة) ولا تبطل بالموت فيستمر موجبها مع الردة فيتحقق ملكه في أ كسبه ولا يتوقف فيقضي منها ويورث الباقي وقوله (الآثرى إلى آخره) توجيه لعدم توقف تصرف المكاتب المرتد وهو يرجع إلى توجيه عدم بطلان الكتابة بالردة لأن الحكم ببقاء العقد وجب بالحكم بثبوت أحكامه فلا استدلال على ثبوت حكمه استدلال على ثبوت كونه وكان يكفيه فيه كونه الكتابة لا تبطل بالموت الحقيقي فأولى أن لا تبطل بالموت الحكمي وهو الردة فإن منع عدم بطلانها بالموت الحقيقي اكتفى بالاستدلال على مسئلة الكتاب إذا مات عن وفاة واستدلال المصنف وجه آخر وحاصله بدلالة حال الرق فإنه لا يتوقف تصرف المكاتب بسبب رقه مع أن الرق

حيث انما عند الاجتماع لا يجوز أن يكونا مانعاً عن التصرف بناء على أن الهيئة الاجتماعية لها أقوى من الخواص ما ليس لكل على الانفراد ولعل الهيئة الاجتماعية انما يكون لها زيادة تأثير إذا أمكن أن يحصل من تركيها أمر خارجي أو اعتبار حقيقي لا فرضي ولا يمكن ذلك من الرق والردة

(قوله كالاستيلاد والطلاق) أقول الأولى أن لا يذكّر الطلاق فإنه صحيح من العبد أيضاً كما مر (قوله عدم منع الردة عنه الخ) أقول أي ردّة المكاتب وأنت خير بأن آخر كلامه لا يلائم أوله دلالة آخره بكون المانع مجموع الرق والارتداد لا الارتداد فقط والأمس سهل (قوله وأرى أن الجواب بحسب النظر الخ) أقول لعل مراد المحب أن الرق لو كان في درجة الكتابة في القوة معارضاً لها لم يترجح عليها بانضمام الردة التي هي من جنسه ومثله في المنع عن التصرف فلا نترجح عليها بزيادةها وهو ليس في مرتبة في القوة أولى بالطريق فتأمل (قوله تعارض علة الإطلاق) أقول الذي هو الكتابة (قوله ولعل الهيئة الاجتماعية الخ) أقول فيه منع ظاهر

قال (واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله) قبل قوله فجلت المرأة في دار الحرب تقييده بدار الحرب اتفاقا فأم ان جلست في دارنا ثم لحقت به بدار الحرب فالجواب كذلك ولعل هذا كره لفائدة وهي أن العلق اذا كان في دار الحرب كان أبعد عن الاسلام واذا كان في دار الاسلام كان أقرب اليه باعتبار الدار لكون الدار جهة في الاستبعا فالجبر هنا ليكون جبراهنا بالطريق الاولى وكلامه ظاهر وقوله (ولا يجبر ولد الولد) وهو ظاهر الرواية ووجهه أنه لو كان (٤٠٣) مسلما تبعه الجدة كان تبعه الجدة

حينئذ يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم عليه الصلاة والسلام ولو كان تبعه لا يبيح به وهو تبع لكان التبعية مستتبعا لغيره (وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه يجبر بتبع الجدة) لان التبعية في حق الاب للفرع والتفرع ثابت في حق الجد ولهذا كان بمنزلة الاب في النكاح وبيع مال الصغير وقوله (كلها على الروايتين) يعني في ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الاب في تلك المسائل وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة جعل الجد فيها بمنزلة الاب أما صيرورة الولد مسلما باسلام جده فهي ما ذكرنا وأما صورة صدقة الفطر فهي أن الاب اذا كان فقيرا أو عبدا والجد موسر هل تجب فطرة الخافد عليه أولا وأما صورة جبر الولد فلا انه اذا اعتق الجد والخافد والاب رقيق هل يكون ولدا للخافد لموالي الجد أولا لا يكون وصورة الوصية للقربة

(واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله) ولحقا بدار الحرب فجلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولدا لولدهما وولد فظهر عليهم جميعا فالولدان في المردة تسترق فينبغيها ولدها ويجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجبر بتبع الجدة وأصله التبعية في الاسلام وهي رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جبر الولد والاخرى الوصية للقربة أقوى من الردة في نفى صحة التصرف حتى لا يصح استيلاده فأولى ان لا يتوقف بسبب رده والحاصل ان عقد الكتابة يمنع مقتضى الردة كما منع مقتضى الرق فصار المكاتب في دار الحرب ككونه في دار الاسلام وأورد عليه بان كون أحدهما لا يمنع مع عقد الكتابة لا يستلزم أن لا يمنع اذا اجتمعا وقد اجتمع في المرتد المكاتب الرق والردة فجاز أن ينتفى التصرف أجيب مرة بأن جواز المنع لا يستلزم وقوعه فيبقى على العدم لا بدليل ومرة بأن الكتابة مطلق للتصرف وكل من الرق والردة مانع منه باتفراده وقد ثبت شرعا ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى أحدهما وانضمام أحدهما الى الآخر انضمام على أخرى فيما يعلل بعلتين مستقلتين ولا ترجيح بكثرة العلل المستقلة لما عرف بل الترجيح بوصف في العلة (قوله) واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فجلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولدا لولدهما وولد فظهر عليهم جميعا فالولدان في المردة تسترق فينبغيها ولدها ثم يجبر الولد على الاسلام) قال الولد الجلي ولا يقتل كولد المسلم اذا بلغ ولم يصف الاسلام يجبر عليه ولا يقتل (ولا يجبر ولد الولد) أما جبر الولد فلا يتبع أبوه أو أحدهما في الدين فيكون مسلما باسلامهما ومرتد بردهما فلما كان مرتدا بردهما أجبر كما يجبران وانما لم يجبر ولد الولد لأنه لا يتبع جده بل أباه لقوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه الحديث أي يستتبعانه في ذلك وانما لم يجعل تبعه لآبائه في الردة فيجبر مثله لان ردة أبيه كانت تبعه والتبع لا يستتبع خصوصاً وأصل التبعية ثابتة على خلاف القياس لأنه لم يرتد حقيقة ولهذا يجبر بالحبس لا بالقتل بخلاف أبيه واذا لم يتبع الجد فيسرق أو توضع عليه الجزية أو يقتل لأن حكمه حينئذ حكم سائر أهل الحرب اذا أسروا وأما الجد فيقتل لا محالة لانه المرتد بالاصالة أو يسلم (وروى الحسن عن أبي حنيفة أن ولدا الولد يجبر على الاسلام بتبع الجدة) فيجعل مرتدا تبعه قال المصنف (وأصله التبعية في الاسلام) يعني أصل الجبر على الاسلام بتبع الجدة هو ثبوت الاسلام بتبع الجدة (وهي رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين) رواية ظاهر الرواية لا يكون الولد بتبع الجدة ورواية الحسن يكون تبعه أحدهما هذه (والثانية صدقة الفطر) للولد الصغير اذا كان جده موسرا ولا أب له أو له أب معسر أو عبدا لا تجب على الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن تجب عليه (والثالثة جبر الولد) صورته معتقة تزوجت بعبده أو أب عبده فولدت منه فالولد حر تبعه لآبائه ولا يملو له أمه فاذا اعتق جده لا يجبر ولده حافده الى مواليه عن موالى أمه في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجبره كما لو اعتق أبوه (والرابعة الوصية للقربة) لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن لا يدخل كالأب

اذا أوصى رجل لذي قرابته لا يدخل الوالدان فيها وهل يدخل الجد أولا على الروايتين وذكرنا هذه المسائل في شرح الفرائض السراجية وشرح رسالتنا

(قوله قبل قوله الخ) أقول القائل هو الاتقاني (قوله ولم يل ذكره الخ) أقول قوله ولم يل ذكره الخ مأخوذ من الكافي مع تغيير يسير بعبارة فراجع ان شئت (قوله هل تجب فطرة الخافد عليه) أقول يعني اذا لم يكن له مال (قوله فلا نه اذا اعتق الجد والخافد الخ) أقول بأن كانت أمه معتقة تزوجت بعبده فولدت له فان ولده لم يملو الى الام (قوله هل يكون ولده الخافد لموالي الجد) أقول يعني اذا اعتق

وقوله (وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد) يعني يجري عليه أحكامه فيبطل نكاحه ويحرم عن الميراث ويجبر على الاسلام ولا يقتل وان أدرك كافر او يجبس وتوجيه تحرير المذاهب في الكتاب ظاهر وقوله (لهما) أي لزفر والشافعي رحمه الله (انه) أي الصبي الذي يعقل (تبع لأبويه فيه) أي في الاسلام (فلا يجعل أصلاً) يعني يصح اسلامه بطريق التبعية للأبوين فلا يصح بطريق الاصله اذا التبعية دليل العجز والاصالة دليل القدرة (٤٠٤) وبين القدرة والعجز تناقض وأحد المتناقضين وهو الاسلام بطريق التبعية

موجود بالاجماع فينتفي
الاخر ضرورة وقوله (ولانه يلزمه) دليل آخر وهو واضح (قوله) واقتضاه بذلك مشهور (بشبهه) الى ما قاله رضي الله عنه

سيفتكموا الى الاسلام طرا * غلاما ما بلغت أو ان حلي واختلفت الروايات في سنة حين أسلم رضي الله عنه وحين مات قال جعفر بن محمد أسلم وهو ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمان وخمسين سنة لان النبي صلى الله عليه وسلم دعاه الى الاسلام في أول مبعثه ومدة المبعث ثلاث وعشرون سنة والخلافة بعده ثلاثون انتهت بموت علي فاذا ضمنت خمساً الى ثلاث وخمسين صار ثمانياً وخمسين وقال القتيبي أسلم وهو ابن سبع ومات وهو ابن ستين

(قوله بطريق التبعية موجودا) أقول فيه بحث قال المصنف (ولنا فيه أن علياً رضي الله عنه أسلم صبياً وصحح النبي عليه الصلاة والسلام اسلامه) أقول قال العلامة النسفي

قال (وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث أبويه ان كانا كافرين وقال أبو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام) وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام أنه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلاً ولانه يلزمه أحكاما تنسبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان علياً رضي الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي عليه الصلاة والسلام اسلامه واقتضاه بذلك مشهور

وتقييد الجبل بدار الحرب ليس لان اخرج الجبل في دار الاسلام عن حكم المسئلة أعني جبر الولد بل لافادة حكم الجبر فيما اذا حبلت في دار الاسلام وولدت في دار الحرب بطريق أولى لأنه اذا أجبر مع أنه علق في دار الحرب وللدارجة استتباع تقتضي أنه أبعد عن الاسلام فلا يجبر اذا علق في دار الاسلام على الاسلام أولى هذا اذا ولد له ما ولد بعد لحوقهما أما اذا ارتدا ولحقا بولدهما صغير ثم ظهر عليهم فالولد في دار الاسلام الصغير صار مرتداً تبعاً للأبوين وولد المرتد يصير فياً بالسبي كذا ذكر ولو صح لزوم أنهم ما لم يلحقا به يكون مرتداً وليس كذلك على ما تقدم من انه ثبت له حكم الاسلام فيبقى عليه الانعزال والاحسن ما في المبسوط من انه خرج عن كونه مسلماً بالحق به فان ثبوت حكم الاسلام للصغير باعتبار تبعية الأبوين والدار وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به فكان الولد فياً يجبر على الاسلام اذا بلغ كما تجبر الام عليه فان كان الاب ذهاباً وحده والام مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فياً لانه بقي مسلماً تبعاً لأمه فان قيل كيف يتبعها بعد تبين الدارين قلنا تبين الدارين يمنع الاتباع في الاسلام ابتداء لا في ابقاها ما كان ثابتاً ألا ترى أن الحرب لو أسلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج الى دارنا بقي الولد مسلماً حتى لو ظهر عليه لا يكون فياً بخلاف ما لو أسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب ومثرت هاتان المسائلتان وكذا ان كانت الام مسلمة والولد معه في دار الحرب لان بالموت يتأكد الاسلام ولا ينقطع (قوله) وارتناد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد أي يصح فلو مات له قريب مسلم بعد رده لا يرث منه وبه كان يقول أبو يوسف ثم رجع وقال ليس بارتداد (واسلامه اسلام) باتفاق الثلاثة (فلا يرث أبويه الكافرين) ويرث أقاربه المسلمين ولا يصح نكاح المشركه له ونحل له المؤمنة وتبطل ماله الخمر والخنزير وهو ذلك وعن ابن أبي مالك عن أبي يوسف أن أبا حنيفة رجع الى قول أبي يوسف (وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام وورثته ليس بارتداد لهما) أي لزفر والشافعي في عدم صحة اسلامه (أنه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلاً) لتناقض بين صفة الاصلية والتبعية لان الاولى سمة القدرة والثانية سمة العجز ثم اسلامه يصح تبعاً لأبويه فلا يجعل أصلاً مستقلاً به (ولانه يلزمه أحكاما تنسبها المضرة) من حرمان الارث والفرقة بينه وبين زوجته المشركه (فلا يؤهل له) كالطلاق والعناق (ولنا فيه) أي اسلامه (أن علياً رضي الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي صلى الله عليه وسلم اسلامه واقتضاه بذلك مشهور) أما اقتضاه فماتقل من قوله رضي الله عنه سيفتكموا الى الاسلام طرا * غلاما ما بلغت أو ان حلي

في الكافي والتعلق به مشكل اذ لم ينقل أنه عليه الصلاة والسلام صحح اسلامه في أحكام الدنيا من حرمان الميراث واما وقوع الفرقة فان قلت صحح في أحكام الآخرة فهو لا كلام فيه وانما الكلام في أحكام الدنيا فان قلت ذكره مطلقاً فانصرف اليها قلت هي حكاية حال فلا عموم له وأحكام الآخرة مرادة فلم يرد غيرها اه قال العلامة الكاكي أجيب بأنه عليه الصلاة والسلام صحح صلاته وصوموه وغزوه حتى أعطي له السهم فعلم أنه عليه الصلاة والسلام صحح في أحكام الدنيا أيضاً اه فتأمل فيه قال المصنف (واقتضاه بذلك مشهور الخ) أقول ويشهد لذلك قوله سيفتكموا الى الاسلام طرا * غلاما ما بلغت أو ان حلي

(قوله ولاه أنى بحقيقة الاسلام) دليل آخر وهو ظاهر (٤٠٥) (قوله وما يتعلق به سعادة أبدية) يجوز أن يكون

معطوفا على التصديق أى هو التصديق الاصلى وهو ما يتعلق ويجوز أن يكون خبر مبتدأ محذوف ويجوز أن يكون مبتدأ وخبره قوله هو والحكم الاصلى على تقدير أن يكون بغير واو ويجوز أن يكون قوله وما يتعلق به مبتدأ وقوله سعادة أبدية خبره وهو الاولى وهو جواب عن قوله ولانه يلزمه أحكاما تشوبها المضرة وعورض بأنه لو صح إسلامه بنفسه وقع فرضا لانه لا نفل في الايمان ومن ضرورة كونه فرضا أن يكون مخاطبا به وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذا لم يمكن نصحه فرضا لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه يتردد بين الفرض والتفل والجواب أنا لا نسلم أن من ضرورة كونه فرضا أن يكون مخاطبا فان المسافر اذا حضر الجمعة وصلى وقع فرضا وليس بمخاطب به ومن صلى في أول الوقت وقع فرضا وهو ليس بمخاطب به عندنا في ذلك الوقت والجواب عن قولهما انه ينبع لا يوبه فيه فلا يجعل أصلا أن احدى الجهتين مؤيدة بالآخرى فلا يكونان متناقضين وذلك كالجندى اذا سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنية مقصودة وتبع السلطان أيضا

ولانه أنى بحقيقة الاسلام وهي التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقباوية وهي من أجل المنافع وهو الحكم الاصلى ثم يفتى عليه غيره فلا يبالى بشوبه

وأما ما عن الحسن انه أسلم وهو ابن خمس عشرة سنة فلم يوافق أحد عليه سوى رواية عن أحمد لم تصح بل الصحيح عنه أنه أسلم وهو ابن ثمان سنين قال ابن الجوزى استقرار الحال يبطل رواية الخمس عشرة لانه اذا كان له يوم البعث ثمان سنين فقد عاش معه ثلاثا وعشرين سنة وبقى بعد النبي صلى الله عليه وسلم نحو ثلاثين سنة فهذه مقدار به الستين وهو الصحيح في مقدار عمره ثم أسند عن جعفر بن محمد عن أبيه قال قتل على رضى الله عنه وهو ابن ثمان وخمسين سنة قال فتى قلنا انه كان يوم اسلامه ابن خمس عشرة سنة صار عمره ثمانيا وستين ولم يقله أحد وأخرج البخارى في تاريخه عن عروة قال أسلم على وهو ابن ثمان سنين وأخرج الحاكم في المستدرک من طريق ابن اسحق انه أسلم وهو ابن عشرين سنين وأخرج أبى عن ابن عباس رضى الله عنهما دفع النبي صلى الله عليه وسلم الزبابة الى على يوم بدر وهو ابن عشرين سنة وقال صحيح على شرط الشيخين قال الذهبي هذا نص على انه أسلم وله أقل من عشرين سنين بل نص على انه أسلم وهو ابن سبع سنين أو ثمان سنين وما ذكره تعالى وغيره في اتفاق الاعمار من ان كلام النبي صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعلى رضى الله عنهم عاش ثلاثا وستين سنة يقتضى أن عمره حين أسلم كان عشرين سنين وهو ما تقدم من رواية الحاكم من طريق ابن اسحق قال صاحب التتبع ولانه صلى الله عليه وسلم عرض الاسلام على ابن صباد وهو غلام لم يبلغ وقد يقال نصحه صلى الله عليه وسلم اسلامه ان أريد في أحكام الآخرة فسلم وكلامنا في نصحه في أحكام الدنيا والآخرة حتى لا يرث أقاربه الكفار ونحو ذلك ولم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم نصحه في حق هذه الأحكام بل في العبادات فانه كان يصلى معه على ما هو ثابت ونحو ذلك نعم لو نقل من قوله صلى الله عليه وسلم صححت اسلامه أمكن أن يصرف اليه باعتبار الجهتين لكن لم ينقل ذلك وقد أورد هذا السؤال على خلاف هذا الوجه وعلى ما ذكرناه الوجه قبل ومن أفتح القبائح أن لا يسمى مسلما مع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه والصلاة قيل والحجب من النافى كيف يصح اختياره لأحد أبويه عند الفرقة مع ظهور أنه انما يختار من يطلق عنه الى أهويه من اللعب وغيره ولا يصح اختياره المقطوع بخبرته فان قال هو غير مكلف قلنا انما يلزم ذلك اذا قلنا بوجوبه عليه قبل البلوغ كما عن أبي منصور والمعتزلة وانه يقع مستقطا للواجب لكن انما يختار أنه يصح لترتب عليه الأحكام النبوية والآخروية ثم اذا بلغ لزمه فلوارتد بعد البلوغ أجبر على الاسلام بالحس لا بالقتل بخلاف المسلم بالغ وعند أحمد ومالك يقتل ان لم يعد الى الاسلام قال المصنف (ولانه أنى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه) والتصديق الباطنى يحكم به الاقرار الدال عليه على ما عرف من تعليق الأحكام المتعلقة بالباطن به واذا كان قد أنى به فقد دخلت حقيقة الايمان قائمة به في الوجود فكيف يصح أن يقال لم تدخل ولم يتصف مع الدخول والانصاف فان قال الايمان الذى أنفبه منه هو المعترف فادخل في الوجود لا أنفبه ولكن أقول لا يعتبر شرعا قلنا دعوى عدم الاعتبار بعد وجود الحقيقة إما لعدم أهلية العصمة وهو منتف لا نه جعل أهلا للنبوّة كافي بحجي عليه الصلاة والسلام وهي فرع الايمان والاتفاق على أهليته للصلاة والصوم حتى يعلمان منه ويثاب عليهما وإما لعدم أهلية الوجوب فنلزمه والكلام ليس فيه كما ذكرنا آنفا وإما الخارج شرعى وهو منتف ولا يلقى أن يثبت شرعا منع عن الايمان بالله سبحانه وتعالى مع عقليته ومعرفة نعم مقتضى الدليل أن يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد الى تصديق واقرار يسقط به ولا يكفيه استحباب ما كان عليه من التصديق والاقرار غير المنعوى به

(قوله والجواب أنا لا نسلم الخ) أقول لا يلزم من كون الشئ فرضا أن يكون من أنى به مخاطبا

ولهم في الردة أنها مضرّة محضة بخلاف الاسلام على أصل أبي يوسف لأنه تعلق به أعلى المنافع على ما مر
ولأبي حنيفة ومحمد فيها أنها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام إلا أنه يجبر على الاسلام
لما فيه من النفع له ولا يقتل

(قوله ولهم) أي لأبي يوسف
وزفر والشافعي رجعهم
الله وقوله (ولأبي حنيفة
ومحمد رجعهم الله فيها)
أي في الردة (أنها موجودة
حقيقة ولا مرد للحقيقة
كما قلنا في الاسلام) فإن ردّة
الردة تكون بالعفو عنها
وذلك قبيح كما أن ردّة الاسلام
إنما يكون بالخروج عنه وهو
كذلك واعترض بأن هذا
اعتبار ما هو مضرّة محضة
بما هو منفعة محضة وذلك
جمع بين الشئين بالقياس
وفرق الشارع بينهما ومثله
فاسد في الوضع على ما عرف
في الأصول والجواب أن
هذا قياس مناب وجود شيء
وتحققه بوجود شيء آخر
وتحققه في عدم جواز الرد
ولانسلم أن الشارع فرق
بينهما وقوله (إلا أنه يجبر
على الاسلام) هذا جواب
الاستحسان وفي القياس
يقتل لردته بعد اسلامه

اسقاط الفرض كما أنه لو كان يواظب الصلاة قبل بلوغه لا يكون كما كان يفعل بل لا يكفيه بعد بلوغه منها
الماقرنه بنية أداء الواجب أمثالاً لكنهم اتفقوا على أنه لا يجب بل يقع فرضاً قبل البلوغ أما عند زفر
الاسلام فلا أنه يثبت أصل الوجوب به على الصبي بالسبب وهو حدوث العالم وعقلية دلالة دون وجوب
الأداء لأنه بالخطاب وهو غير مخاطب فإذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتحميل الزكاة وأما عند شمس
الأئمة فلا وجوب أصلاً لعدم حكمه وهو وجوب الأداء فإذا وجد وجد وصار كالسافر يصلي الجمعة يسقط
فرضه وليست الجمعة فرضاً عليه لكن ذلك للترقية عليه بعد سببها فإذا فعل تم ولا نعلم خلافاً بين المسلمين
في عدم وجوب نية فرض الايمان بعد بلوغ من حكم بعهدة اسلامه صبيّاً تبعاً لأبويه المسلمين أو لاسلامه
وأبواه كافرين ولو كان ذلك فرضاً لم يفعلوه أهل الإجماع عن آخرهم وأما قوله يشوبها ضرر قلنا ما تعلق به
السعادة الأبدية ويزول به وقوع مضرّة أبدية من رد اسلامه ليستمر على الكفر كل عاقل يعنيه ولا يبالي معه
بذلك الضرر لأنه لا نسبة له بالضرر الآخر وأما التناهي الذي ذكرنا فإلزام لوقلنا باجتماع كونه تبعاً وأصلاً
معاً ولستنا نقول به بل هو تبع مالم يعقل ويقر مختاراً فإذا عقل وأقر مختاراً نقول انقطع تبعيته في حق
هذا الحكم وبقي أصلاً وفي المبسوط منع المضادة وأجاز اجتماعهما كالمرأة تسافر مع الزوج تكون
مسافرة تبعاً له حتى إذا تم السفر تكون مسافرة ولو فوته كانت مسافرة مقصوداً وتبعاً فجعلها ما أمر به
بتأيد أحدهما بالآخر قال المصنف (ولهم في الردة) يعني الشافعي وزفر وأبي يوسف (أنها مضرّة محضة
بخلاف الاسلام على أصل أبي يوسف لأنه تعلق به أعلى المنافع) ودفع أعظم المضار (ولأبي حنيفة ومحمد)
ما قلنا من (أنها موجودة حقيقة) بوجود حقيقة من الانتكار والافقار به (ولا مرد للحقيقة) فإن قيل لا يلزم
من اعتبار الحقيقة وعدم ردها في الاسلام مثله في الرد لما في ذلك من النفع وفي الرد من الضرر ألا ترى
أنه يصح منه قبول الهبة ولا يصح منه الهبة الجواب أن الحقيقة الداخلة منه في الوجود إذا كانت مما يقطع
فيه بالعلم أو الجهل فهي التي لا يمكن عدم اعتبارها كالإيمان والردة فإنه لا يمكن أن يجعل عارفاً إذا علم
جهله بالكفر ولا جاهلاً إذا علم علمه بالإيمان فلا بد من اعتبارها بعد وجودها وصار كما إذا صام بنية يجعل
صائماً شرعاً ولو كل جعل مفطراً لم يجعل صائماً وكذا إذا صلى ثم أفسدها فما إذا كانت مما لا يقطع
فيها بذلك بل هي دائرة بين علمه بالمصلحة وجهله بها فلا تنصحه منه لأن ما تنيقض بالمصلحة في نفس الأمر وذلك
كالهبة فإنه جاز فيه كونه علم المصلحة لما علمه من حسن الجزاء عليها بالضعف وجاز كونه جاهلاً في ذلك
بأن لم تكن جالبة لذلك فنعناها بخلاف القبول فأنما علمنا علمه بالمصلحة فلا نجعله جاهلاً بها وإذا ثبت أن
الحقائق بعد العلم بثبوتها لا ترد لزوم ضررها بالضرورة ألا ترى أنا اتفقنا على جعله مرتداً إذا ارتد أبواه
ولحقاً به بدار الحرب مع ما فيه من الضرر (قوله إلا أنه) أي الصبي المرتد (يجبر على الاسلام لما فيه
من النفع) المتيقن ودفع أعظم المضار (ولا يقتل) وهذا أربعة أربيع مسائل لا يقتل فيها المرتد
أحداً الذي كان اسلامه تبعاً لأبويه إذا بلغ مرتداً في القياس يقتل كقول مالك والشافعي وفي
الاستحسان لا يقتل لأن اسلامه لما ثبت تبعاً لغيره صار شبهة في اسقاط القتل عنه وإن بلغ مرتداً الثانية
إذا أسلم في صغره ثم بلغ مرتداً في القياس يقتل وبه قال مالك وأحمد وفي الاستحسان لا يقتل لقيام الشبهة
بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر والثالثة إذا ارتد في صغره والرابعة المكروه على الاسلام
إذا ارتد لا يقتل استحضاراً لأن الحكم باسلامه من حيث الطاهر لأن قيام السيف على رأسه ظاهر في عدم
الاعتقاد فيصير شبهة في اسقاط القتل وفي كل ذلك يجبر على الاسلام ولو قتل فأنزل قبل أن يسلم لا يلزمه

لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مريحة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل

وقوله (لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مريحة عليهم) قال في النهاية فيه تطرأ له أسقط عقوبة القتل عن الصبي المرتد مريحة لصباه والله تعالى أرحم الراحمين وهو لم يرحم عليه حتى عاقبه في النار بخلاف كسائر الكفار وذلك منصوص عليه في الاسرار والجامع الصغير للامام الترمذاني ومشار اليه في المبسوط ثم قال وأولى ما يعقل به في عدم قتل الصبي المرتد ما ذكرناه من تعليل المبسوط وهو قوله وانما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء راحة الله في صحة اسلامه في الصغير والله تعالى أعلم

شيء ذكر الكل في المبسوط ولها خامسة وهو اللقيط في دار الاسلام محكوم باسلامه ولو بلغ كافرا أجبر على الاسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين اذا بلغ كافرا وقال المصنف في وجه عدم قتله (لانه) أي القتل (عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مريحة عليهم) وبين أن الكلام كله في الصبي الذي يعقل الاسلام وفي المبسوط زاد كونه بحيث يناظر ويفهم ويفهم واعترض جماعة من الشارحين قول المصنف مريحة عليهم بأنه يعذب في الآخرة بخلافه فليس بحرمانه ونقل ذلك عن الاسرار والمبسوط وجامع الترمذاني رحمه الله وأحال الترمذاني هذه الرواية الى التبصرة فالاولى في التعليل ما في المبسوط من انه لا يقتل لاختلاف العلماء في صحة اسلامه ولفظه في المبسوط في هذه المسئلة فاذا حكم بحصة ردة بانه منته منه امراته ولكنه لا يقتل استحسانا لأن القتل عقوبة وهو ليس من أهل أن يلتزم العقوبة في الدنيا مباشرة سببه كسائر العقوبات ولكن لو قتله انسان لم يغرم شيئا لأن من ضرورة صحة ردة اهدار دمه دون استحقاق قتله كالمراة اذا ارتدت لا تقتل ولو قتلتها فان لم يلزمه شيء (ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان ارتداده لا يدل على تغير العقيدة) وكذا لا يصح اسلامه (قوله وكذا المجنون) لا يصح ارتداده بالاجماع ولا اسلامه (والسكران) الذي لا يعقل كالمجنون وهو قول مالك وأحمد في رواية والشافعي في قول وقال في قول آخر يصح ارتداده كطلاقه قلنا الردة تنبئ على تبدل الاعتقاد ونعلم أن السكران غير معتقد لما قال ووقوع طلاقه لانه لا يفترق الى القصد ولذا لم يملك طلاق الناسي وتقدم في كتاب الطلاق فيه زيادة أحكام فارجع اليه في فصل ويقع طلاق كل زوج الى آخره ففروع كل من أبغض رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلبه كان مرتدا قال السبب بطريق أولى ثم يقتل حدا عندنا فلا تعمل توبته في إسقاط القتل قالوا هذا مذهب أهل الكوفة ومالك ونقل عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه ولا فرق بين أن يجبي ثأبنا من نفسه أو شهد عليه بذلك بخلاف غيرهم من المكفرات فان الإنكار فيها توبة فلا تعمل الشهادة معه حتى قالوا يقتل وان سب سكران ولا يعنى عنه ولا بد من تقييده بما اذا كان سكره بسبب محذور مباشرة مختارا بلا كراه والافهوك كالمجنون وقال الخطابي ولا أعلم أحدا خالف في وجوب قتله وأما مثله في حقه تعالى فتعمل توبته في إسقاط قتله ومن هزل بلفظ كفر ارتدوان لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد والالفاظ التي يكفر بها تعرف في الفساق واذاتهم وندصراني أو عكسه لأن امره بالرجعة الى ما كان عليه لانه لا يؤمر بالكفر والردة محبطة ثواب جميع الاعمال واذاعاد الى الاسلام ان عاد في وقت صلاة صلاها فعليه أداؤها ثانيا وكذا يجب عليه الحج ثانيا ان كان حج واذ اعنت المرتد عبده ثم اعتقه ابنه ثم مات المرتد أو قتل لا ينقل ان عنت المرتد موقوف فموته يبطل واعتاق ابنه قبل ملكه لانه لا يملكه الا بعد الموت حقيقة أو حكما ولا يتوقف بخلاف ما لو اعتق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم سقط الدين فانه ينقذ والفرق في المبسوط وعن عدم ملك الوارث وسببه قلنا اذ مات الابن وله معتق ثم مات الاب وهو مرتد وله معتق فله لمعتقه لا لمعتق الابن لانه مات قبل تمام سبب الملك وتقبل الشهادة بالردة من عدلين ولا يعلم مخالف الا الحسن رحمه الله قال لا يقبل في القتل الا أربعة قياسا على الزنا واذ شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له بالتكذيب الشهود العدول بل لان انكاره توبة ورجوع وقتل المرتد مطلقا الى الامام عند عامة أهل العلم الا عند الشافعي في وجهه في العبد الى سيده ومن أصاب حدا ثم ارتد ثم أسلم ان لم يلحق بدار الحرب أقيم عليه الحد وان لحق ثم عاد لا يقيم عليه وعند الشافعي وأحمد يقيم مطلقا والمبني ظاهر وقد مناته

باب البغاة

لا تقبل توبة الساحر والزنديق في ظاهر المذهب وهو من لا يدين بدين ولا من يطن الكفر ويظهر الاسلام فهو المنافق ويجب ان يكون حكمه في عدم قبولنا توبته كل زنديق لان ذلك في الزنديق لعدم الاطمئنان الى ما يظهر من التوبة اذا كان يخفي كفره الذي هو عدم اعتقاده منا والمنافق مثله في الاخفاء وعلى هذا فطريق العلم بحاله إما بان يعثر بعض الناس عليه أو يسره الى من آمن اليه والحق أن الذي يقتل ولا تقبل توبته هو المنافق فالزنديق ان كان حكمه كذلك فيجب أن يكون مبطناً كفره الذي هو عدم التدين بدين ويظهر تدينه بالاسلام أو غيره الى أن ظفرنا به وهو عربي والأفول فرضناه مظهر لذلك حتى نأبى يجب أن لا يقتل وتقبل توبته كسائر الكفار المظهرين لكفرهم اذا أظهروا التوبة وكذا من علم أنه ينكر في الباطن بعض الضرورات كحرمة الخمر ويظهر اعترافاً حرمة وقال أصحابنا للسحر حقيقة وتأثير في ايلام الاجسام خلافاً لمنع ذلك وقال انما هو تخيل وتعليم السحر حرام بلا خلاف بين أهل العلم واعتقاداً باحته كفروا عن أصحابنا ومالك وأحمد يكفر الساحر بتعليمه وفعله سواء اعتقد تخريبه أو لا وبقتل وقد روى عن عمرو بن عثمان وابن عمر وكذلك عن جندب بن عبد الله وحبيب بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز فانهم قتلوه بدون الاستتابة وفيه حديث مرفوع رواه الشيخ أبو بكر الرازي في أحكام القرآن حديثنا ابن قانع حديثنا بشر بن موسى حديثنا ابن الاصفهاني حديثنا أبو معاوية عن اسمعيل بن مسلم عن الحسن بن جندب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال حد الساحر ضربه بالسيف انتهى يعني القتل قال وقصة جندب في قتله الساحر بالكوفة عن الوليد بن عتبة مشهورة وعند الشافعي لا يقتل ولا يكفر الا اذا اعتقد باحته وأما الكاهن فقتل هو الساحر وقيل هو العراف وهو الذي يحدث ويتخرص وقيل هو الذي له من الجن من يأتيه بالانخبار قال أصحابنا ان اعتقد أن الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر وإن اعتقد أنه تخيل لم يكفر وعند الشافعي ان اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب الى الكواكب وانها تفعل ما يلتمسه كفر وعند أحمد حكمه حكم الساحر في رواية يقتل لقول عمر رضي الله عنه اقلوا كل ساحر وكاهن وفي رواية ان تاب لم يقتل ويجب أن لا يعدل عن مذهب الشافعي في كفر الساحر والعراف وعدمه وأما قتله فيجب ولا يستتاب اذا عرفت مزاوته لعمل السحر لسعيه بالفساد في الارض لا بمجرد عمله اذا لم يكن في اعتقاده ما يوجب كفره واذا طلب المرتدون الموادعة لا يجيبهم الى ذلك

باب البغاة

فقدّم أحكام قتال الكفار ثم أعقبه بقتال المسلمين والوجه ظاهر والبغاة جمع باغ وهذا الوزن مطرد في كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة والبغي في اللغة الطلب بغيت كذا أي طلبته قال تعالى حكاية ذلك ما كنا نبغي ثم اشتهر في العرف في طلب ما لا يحل من الجور والظلم والباغي في عرف الفقهاء الخارج عن طاعة امام الحق والخارجون عن طاعته أربعة أصناف أحدها الخارجون بلا تأويل بمنعة وبلا منعة يأخذون أموال الناس ويقتلونهم ويخيفون الطريق وهم قطاع الطريق والثاني قوم كذلك إلا أنهم لا منعة لهم لكن لهم تأويل فحكمهم حكم قطاع الطريق ان قتلوا قتلوا وصلبوا وان أخذوا أموال المسلمين قطعت أيديهم وأرجلهم على ما عرفت والثالث قوم لهم منعة وجبة خرجوا عليه بتأويل يرون أنه على باطل كفر أو معصية بوجوب قتاله بتأويلهم وهؤلاء يسمون بالخوارج يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وحكمهم عند جمهور الفقهاء وجمهور أهل الحديث حكم البغاة وعند مالك يستتابون فان تابوا والا قتلوا دفعا لفسادهم لا لكفرهم وذهب بعض أهل الحديث الى أنهم مرتدون لهم حكم المرتدين لقوله

باب البغاة

أنه هذا الباب عن باب المرتد لقوله وجوده والبغاة جمع باغ كالفقهاء جمع فاض

باب البغاة

(قوله أنه هذا الباب الخ) أقول ويجوز أن يقال يجري مباحث البغاة من مباحث المرتد يجري المركب من المفرد لا اشتراط الاجتماع في البسني دون الارتداد وأيضاً المرتد كافر وكتاب السير في بيان الجهاد مع الكفار بخلاف الباغي فإنه مسلم فليست بمرتد

(واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم) وفك بطريق الاستصحاب فان اهل العدل لو قاتلوا من غير دعوة الى العود لم يكن عليهم شيء لانهم (٤٠٩) علموا ما يقاتلون عليه فالحق في ذلك

كحال المرتدين وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة (لان عليا رضى الله عنه فعل ذلك بأهل حروراء) بالحاء المهملة مسدودا ومقصورا قريبة بالكوفة كان بها أول تحكيم الخوارج واجتماعهم بسبب تحكيم علي أبا موسى الاشعري رضى الله عنهما بينه وبين معاوية فائين إن القتال واجب لقوله تعالى فقاتلوا التي تبغى الآية وعلى ترك القتال بالتحكيم وهو كفر لقوله تعالى ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون وذلك أنه رضى الله عنه انفذ ابن عباس ليكشف شبهتهم ويدعوهم الى العود فلما ذكروا شبهتهم قال ابن عباس رضى الله عنهم ما هذه الحادثة ليست بأدنى من بيض حمام وفيه التحكيم بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم فكان تحكيم علي رضى الله عنه موافقا للنص فالزمهم الحجة قتال البعض وأصر البعض وكلامه واضح

(قوله وذلك بطريق الاستصحاب) أقول أشار بقوله ذلك الى قوله دعاهم الى العود (قوله وفيه التحكيم بقوله تعالى يحكم

(واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم) لان عليا فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم ولعل الشريعة تدفع به فيبدأ به صلى الله عليه وسلم بخرج قوم في آخر الزمان أحداث الأسنان سفهاء الاحلام يقولون من خير قول البرية يقرؤ القرآن لا يجاوز حناجرهم يرقون من الدين كما يرق السهم من الرمية فائينما القيمتهم فاقتلهم فان قتلهم أجزا لمن قتلهم يوم القيامة رواه البخاري وعن أبي امامة أنه رأى رؤسا منصوبة على درج مسجد دمشق فقال كلاب أهل النار كلاب أهل النار قد كان هؤلاء مسلمين فصاروا كفارا قيل يا أبا امامة هذا شيء تقوله قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن المنذر ولا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم وهذا يقتضي نقل إجماع الفقهاء وذكر في المحيط أن بعض الفقهاء لا يكفر أحدا من أهل البدع وبعضهم يكفرون بعض أهل البدع وهو من خالف بيده عنه دليله لا قطعا ونسبه الى أكثر أهل السنة والنقل الاول أثبت نعم يقع في كلام أهل المذاهب تكفير كثير ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقهاء والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين وما ذكره محمد بن الحسن في أول الباب من حديث كثير الحضري يدل على عدم تكفير الخوارج وهو قول الحضري دخلت مسجد الكوفة من قبل أبواب كندة فاذا نفر خمسة يشتمون عليا رضى الله عنه وفيهم رجل عليه برنس يقول أعاهد الله لا تقتله فتعلقت به وتفرقت أصحابه عنه فأنيت به عليا رضى الله عنه فقلت اني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلك فقال ادن ويحك من أنت فقال أنا سوار المنقري فقال علي رضى الله عنه خل عنه فقلت أخلى عنه وقد عاهد الله ليقتلك قال أفأقتله ولم يقتلني قلت فانه قد شتمك قال فاشتمه ان شئت أودعه ففي هذا دليل أن ما لم يكن للخارجين منعة لا يقتلهم وأنهم ليسوا كفارا لا يشتم على ولا يقتله قيل الا اذا استحل قتل مسلم فهو كافر ولا بد من تقييده بأن لا يكون القتل بغیر حق أو عن تأويل واجتهاد يؤديه الى الحكم بحاله بخلاف المستحل بلا تأويل والالزم تكفيرهم لأن الخوارج يستحلون القتل بتأويلهم الباطل وما يدل على عدم تكفيرهم ما ذكره محمد بن أبي ساجيت قال وبلغنا عن علي رضى الله عنه أنه ينهاه ويخطب يوم الجمعة اذ حكمت الخوارج من ناحية المسجد فقال علي رضى الله عنه كلمة حق أريد بها باطل لن نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ولن نمنعكم التي مادامت أيديكم مع أيدينا ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا ثم أخذ في خطبته ومعنى قوله حكمت الخوارج ندأؤهم بقولهم الحكم لله وكانوا يتكلمون بذلك اذا أخذ على في الخطبة ليستوشوا خاطرهم فأنهم كانوا يقصدون بذلك نسبته الى الكفر لرضاه بالتحكيم في صفين ولهذا قال علي رضى الله عنه كلمة حق أريد بها باطل يعني تكفيره وفيه دليل أن الخوارج اذا قاتلوا الكفار مع أهل العدل يستحقون من الغنمة مثل ما يستحقه غيرهم من المسلمين وأنه لا يعزب بالتعريض بالشتم لأن نسبته الى الكفر شتم عرضوا به ولم يصرحوا والزابع قوم مسلمون خرجوا على امام العدل ولم يستنجحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذرائعهم وهم البغاة (قوله واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة امام) الناس به في أمان والطرق آمنة (دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم) التي أوجبت خروجهم (لأن عليا رضى الله عنه فعل ذلك بأهل حروراء) قبل قتالهم وليس ذلك واجبا بل مستحب لانهم كن بلغتهم الدعوة لانجذب دعوتهم ثانيا وتستحب وحروراء اسم قرية من قرى الكوفة وفيه المد والقصرو منه قول عائشة رضى الله عنها المعادة أو حرورية أنت أسند النسائي

(٥٣ - فتح القدير رابع) به ذوا عدل منكم) أقول هذه الآية في سورة المائدة ثم أقول ظاهر هذا الكلام لا يدفع شبهتهم على ما قررنا فانه يدل على جواز التحكيم في الجملة لا على جواز ترك الأمور به بالتحكيم فليتنامل وستعرف بعد أسطر أن الأمر في قوله تعالى فقاتلوا الوجوب

(ولا يبدأ بقتال حتى يسدوه فان بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم) قال العبد الضعيف هكذا ذكره القدوري في مختصره

في سننه الكبرى في خصائص علي إلى ابن عباس رضي الله عنهما قال لما خرجت الحرورية اعتزلوا في دار وكانوا سنة آلاف فقلت لعلني يا أمير المؤمنين أبرد بالصلاة لعلني أكلهم هؤلاء القوم قال اني أخافهم عليك قلت كلا فلبست ثيابي ومضيت اليهم حتى دخلت عليهم في دار وهم مجتمعون فيها فقالوا مرحبا بك يا ابن عباس ما جاء بك قلت أتيتكم من عند أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم المهاجرين والانصار من عند ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وصهره وعليهم نزل القرآن وهم أعرف بتأويله منكم وليس فيكم منهم أحد جئت لأبلغكم ما يقولون وأبلغهم ما يقولون فالتحى لي نفر منهم قلت ها تواتوا ما تنتم على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن عمه وخنته وأول من آمن به قالوا ثلاث قلت ما هي قالوا احدا من هذه الحكم الرجال في دين الله وقد قال تعالى ان الحكم الا لله قلت هذه واحدة قالوا أما الثانية فانه قاتل ولم يسب ولم يغتم فان كانوا كفارا فقد حلت لنا نسائهم وأموالهم وان كانوا مؤمنين فقد حرمت علينا دماؤهم قلت هذه أخرى قالوا وأما الثالثة فانه محانقسه من أمير المؤمنين فان لم يكن أمير المؤمنين فانه يكون أمير الكافرين قلت هل عندكم شيء غير هذا قالوا حسبنا هذا قلت لهم أرايتم ان قرأت عليكم من كتاب الله وحدثتكم من سنة نبيه صلى الله عليه وسلم ما يرد قولكم هذا ترجعون قالوا اللهم نعم قلت أما قولكم انه حكم الرجال في دين الله فانا أقرأ عليكم أن قد صبر الله حكمه الى الرجال في أربعين يوما ربع درهم قال تعالى لا تقتلوا الصبيد وانتم حرم الى قوله يحكم به ذوا عدل منكم وقال في المرأة وزوجها وان خفت شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أنشدكم الله أحكم الرجال في حقن دماؤهم وأنفسهم واصلاح ذات بينهم أحق أم في أربعين يوما ربع درهم قالوا اللهم بل في حقن دماؤهم واصلاح ذات بينهم قلت أخرجت من هذه قالوا اللهم نعم قلت وأما قولكم انه قاتل ولم يسب ولم يغتم أنسبون أمكم عائشة فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي أمكم لئن فعلتم لقد كفرتم فان قلتم ليست أمنا فقد كفرتم قال الله تعالى النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم فأنتم بين ضلالتين فأتوا منها بغير خروج أخرجت من هذه الأخرى قالوا اللهم نعم قلت وأما قولكم انه محانقسه من أمير المؤمنين فان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا قريشا يوم الحديبية على أن يكتب بينه وبينهم كتابا فقال اكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله فقالوا والله لو كنا نعلم أنك رسول الله ما صدناك عن البيت ولا فائنالك ولكن اكتب محمد بن عبد الله فقال والله اني لرسول الله وان كذبتوني باعلى اكتب محمد بن عبد الله فرسول الله صلى الله عليه وسلم خير من علي وقد محانقسه ولم يكن محوه ذلك محو من النبوة أخرجت من هذه الأخرى قالوا اللهم نعم فرجع منهم ألفان وبقوا سائرهم فقتلوا على ضلالتهم قتلهم المهاجرون والانصار وروى الحاکم أن عبد الله بن شداد استخفكه عائشة عن الذين قتلهم على فقال لما كان حرب معاوية وحكم الحكمين خرج عليه ثمانية آلاف من قراء الناس فنزلوا بأرض يقال لها حروراء من جانب الكوفة الى أن قال بعثت علي اليهم عبد الله بن عباس فخرجت معه حتى اذا توسطنا عسكرهم قام ابن الكواء خطيبا فقال يا جماعة القرآن هذا عبد الله بن عباس فمن لم يكن يعرفه فانا أعرفه من كتاب الله ما يعرفه به هذا من نزل فيه وفي قومه بل هم قوم خصمون فردوه الى صاحبه ولا تواضعوه كتاب الله فقام خطباؤهم وقالوا والله لنواضعه فواضعهم عبد الله بن عباس الكتاب ووضعوه ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف فيهم ابن الكواء حتى أدخلهم الكوفة على علي إلى آخر الحديث وقال على شرط البخاري ومسلم (قوله ولا يبدأ بقتال حتى يسدوه هكذا ذكره القدوري) وهو عين ما قدمناه من قول علي رضي الله عنه ولئن تقاتلكم حتى تقاتلونا

وذكر الامام المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدأ بالقتال حقيقة لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا بدفعاً وهم مسلمون بخلاف الكافر لأن نفس الكافر مبيح عنده ولنا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لأنه لا ينتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم وإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحددوا توبة دفعاً للشر بقدر الامكان والمروى عن أبي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام أما عانة الامام الحق فمن الواجب عند الغنا والقدرة (فإن كانت لهم فتنة أجهز على جريحهم واتبع مولاهم) دفعاً لشرهم

(وذكر الامام الأجل المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدأ حقيقة) وهو قول مالك وأحمد وأكثر أهل العلم (لأن قتل المسلم لا يجوز إلا بدفعاً وهم) أي البغاة (مسلمون) لقوله تعالى وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ثم قال فإن بغت أحدهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفي إلى أمر الله ونحن أدركنا الحكم وهو حل القتال على دليل قتالهم (وذلك) (هو الاجتماع) على قصد القتال (والامتناع) لأنه لا ينتظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع لتقوى شوكتهم وتكرجهم خصوصاً والفتنة بسرعة إليها أهل الفساد وهم الأكثر والكفر ما أباح القتال إلا للضرورة والبغاة كذلك ويجب على كل من أطاق الدفع أن يقاتل مع الامام إلا أن أبدوا ما يجوز لهم القتال كأن ظلمهم أو ظلم غيرهم ظلماً لا شبهة فيه بل يجب أن يعينوهم حتى ينصفهم ويرجع عن جورهم بخلاف ما إذا كان الحال مشتبهاً أنه ظلم مثل تحميل بعض الحسابات التي للامام أخذها والحاق الضرر بها بالدفع ضرراً عم منه ويجوز قتالهم بكل ما يقاتل به أهل الحرب من المجنيق وإرسال الماء والنار وخواهر زاده معناه ابن الأخت وكان ابن أخت القاضي الامام أبي ثابت قاضي سمرقند واسم خواهر زاده محمد وكنيته أبو بكر واسم أبيه حسين النجاري وهو معاصر لشمس الأئمة السرخسي وموافق له في اسمه وكنيته لأن شمس الأئمة اسمه محمد وكنيته أبو بكر بن أبي سهل وتوفي كل منهما في العام الذي توفي فيه الآخر وهو عام ثمان وثمانين وأربعمائة ونحو الاسلام أيضاً معاصر لهما وتوفي في سنة إحدى وثمانين وأربعمائة (فإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحددوا توبة دفعاً للشر بقدر الامكان والمروى عن أبي حنيفة رحمه الله) من قوله الفتنة إذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله صلى الله عليه وسلم من فتر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار وقال لو احدث من الصحابة كن حلساً من أحلاس بينك رواء عنه الحسن بن زياد (فمحمول على ما إذا لم يكن لهم امام) وما روى عن جماعة من الصحابة أنهم قعدوا في الفتنة محمول على أنه لم يكن لهم قدرة ولا غناء وربما كان بعضهم في تردد من حل القتال كما روى عن بعضهم أنه أتى علياً رضي الله عنه يطلب عطاءه من بيت المال فنعسه على رضى الله عنه وقال له أين كنت يوم صفين فقال انغنى سيفاً عرف به الحق من الباطل فقال له ما قال الله هذا وإنما قال فقاتلوا التي تبغي حتى تفي إلى أمر الله وما روى إذا التقى المسلمان بسيفهم ما فالقاتل والمقتول في النار فمحمول على اقتتالهم ما حجة وعصية كما يتفق بين أهل قريتين ومخلفين أولاً بل الدنيا والمملكة قال الذهبي صح عن أبي وائل عن أبي ميسرة عمرو بن شرحبيل قال رأيت كأن قبايا في رياض فقلت لمن هذه فقالوا لذي الكلاع وأصحابه ورأيت قبايا في رياض فقلت لمن هذه فقيل لعمار بن ياسر وأصحابه قلت وكيف وقد قتل بعضهم بعضاً قال أنهم وجدوا الله واسع المغفرة أنتمى وهذا لأن قتالهم عن اجتهاد (قوله) فإن كان لهم فتنة أجهز على جريحهم) أي بسرع في أماته (واتبع مولاهم) على البناء للمفعول فيهما القتل والاسر (دفعاً لشرهم)

وقوله (والمروى عن أبي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت) يريد به ما روى الحسن عن أبي حنيفة أن الفتنة إذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله عليه الصلاة والسلام من فتر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار (محمول على حال عدم الامام) أما إذا كان المسلمون مجتمعين على امام وكانوا آمينين به والسبل آمنة فخرج عليه طائفة من المؤمنين فحينئذ يجب على كل من يقوى على القتال أن يقاتلهم نصراً لامام المسلمين لقوله تعالى فقاتلوا التي تبغي فإن الأمر للوجوب وقوله (أجهز وأتبع) على بناء المفعول ويقال أجهزت على الجريح إذا أسرعت قتله وتمت عليه

كي لا يلحقوا بهم (وان لم يكن لهم فتنة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليم) لاندفاع الشردونه وقال الشافعي لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر دليله لا حقيقته (ولا يسي لهم ذرية ولا يقسم لهم مال) لقول علي يوم الجمل ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الأسير تأويله اذا لم يكن لهم فتنة فان كانت يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرناه ولا تلزم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال (ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه) وقال الشافعي لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضا ولنا أن علينا قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة للتمليك

(قوله ولا يقتل أسير) هو مفعول على رضي الله عنه (ولا يكشف ستر) أي لا تسي نساؤهم الا ترى أن أصحاب على رضي الله عنه سألوه فسمي ذلك فقال فاذا قسمت فلن تكون عائشة رضي عنها والقدوة اسم للاقتداء كالاسوة اسم للاتباع يقال فلان قدوة أي يقتدى به (قوله لما ذكرنا) إشارة الى قوله ويجبسهم الى قوله دفعا للشر (قوله ولا تلزم مسلمون) معطوف على قوله لقول على رضي الله عنه

كي لا يلحقوا أي الجريح والمولى (هم) أي بالفتنة على معنى القوم (وان لم يكن لهم فتنة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليم لاندفاع الشردونه ذلك) وهو المطلوب (وقال الشافعي) وأجد أيضا (لا يجوز ذلك) أي الاجهاز والاتباع (في الحالين) حالي الفتنة وعدمها (لان القتال اذا تركوه) بالتولية والجراحة المجزأة عنه (لم يبق قتلهم دفعا) ولا يجوز قتلهم الا دفعا لشرهم ولم يروى ابن أبي شيبة عن عبد خير عن علي رضي الله عنه أنه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح ومن ألقى سلاحه فهو آمن وأسند أيضا ولا يقتل أسير (وجوابه ما ذكرناه أن المعتبر) في جواز القتل (دليل قتلهم لا حقيقته) ولأن قتل من ذكرناه اذا كان له فتنة لا يخرج عن كونه دفعا لانه يتبع الى الفتنة ويعود شره كما كان وأصحاب الجمل لم يكن لهم فتنة أخرى سواهم (قوله ولا تسي لهم ذرية) اذا ظهر عليهم (ولا يقسم لهم مال) بين المقاتلة (لقول علي) رضي الله عنه فيما روى ابن أبي شيبة أن عليا لما هزم طلحة وأصحابه أمر مناديه فنادى أن لا يقتل مقبل ولا مدبر يعني بعد الهزيمة ولا يفتح باب ولا يستحل فرج ولا مال وروى عبد الرزاق نحوه وزاد وكان علي رضي الله عنه لا يأخذ مال المقتول ويقول من اعترف شيئا قبل أخذه وفي تاريخ واسط باسناده عن علي أنه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح ولا تقتلوا أسيرا وأياكم والنساء وان شتمن أعراضكم وسبن أمراءكم ولقد رأيتنا في الجاهلية وان الرجل ليتناول المرأة بالجريرة أو بالهراوة فيعير بها هو وعقبه من بعده هذا وفي حديث مرفوع رواه الحاكم في المستدرک والبرازي في مسنده من حديث كوث بن حكيم عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هل تدري يا ابن أم عبد كيف يحكم الله فبين بغي من هذه الامة قال الله ورسوله أعلم قال لا يجهز على جريحها ولا يقتل أسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيؤثها وأعله البرازي بكوث بن حكيم وبه تعقب الذهبي على الحاكم قال محمد وبلغنا أن عليا رضي الله عنه ألقى ما أصاب من عسكر أهل النهروان في الرحبة فن عرف شيئا أخذه حتى كان آخره قدر حديد لانسان فأخذه (وقول علي رضي الله عنه في الأسير تأويله) اذا لم تكن له فتنة فان كانت فالامام بالخيار ان شاء قتل الأسير (وان كان عبدا يقاتل) (وان شاء حبسه) والعبد الذي لا يقاتل بل يخدم مولاه يجبس (لما ذكرناه) من دفعه الشر بقدر الامكان وفيه خلاف الاثمة الثلاثة ومعنى هذا الخيار أن يحكم نظره فيما هو أحسن الأمرين في كسر الشوكة من قتله وجبسه ويختلف ذلك بحسب الحال لاجموى النفس والتشنى واذا أخذت المرأة من أهل البغي وكانت تقاتل حبست ولا تقتل الا في حال مقاتلتها دفعا وانما تجبس للعصية ولنعها من الشر والفتنة (قوله) ولا بأس أن يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج أهل العدل اليه (وكذا الكراع يقاتلون عليه) (وقال الشافعي لا يجوز) استعمالها في القتال وزاد عليهم عندنا من منهم ولا ترد قبله (لانه مال مسلم فلا يجوز ذلك الا برضا مولانا عليا الخ) يريد ما روى ابن أبي شيبة في آخر مصنفه في باب وقعة الجمل بسنده الى ابن الحنفية أن عليا رضي الله عنه قسم يوم الجمل في العسكر ما أضافوا عليه من كراع وسلاح قال المصنف (وكانت قسمته للحاجة للتمليك) ولولا أن فيه اجماعا لا يمكن التمسك ببعض الظواهر في غلظته فان ابن

ولان للامام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي أولى والمعنى فيه الحاق الضرر
الادنى لدفع الاعلى (ويجبس الامام أموالهم فلا يردوها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فبردها عليهم) (م)
أما عدم القسمة فلما بيناه وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم وإلهـذا يحبسها عنهم وان
كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لأن حبس الثمن أنظر وأيسر وأما الرد بعد التوبة فلا ندفاع
الضرورة ولا استغنام فيها قال (وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم
بأخذها الامام ثانيا) لأن ولاية الأخذ به باعتبار الحماية ولم يحكمهم (فان كانوا صرفوه في حقه أجزأ من
أخذ منه) لوصول الحق الى مستحقه (وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى
ان يعيدوا ذلك) لانه لم يصل الى مستحقه قال العبد الضعيف قالوا الاعادة عليهم في الخراج لأنهم مقاتلة
فكانوا مصارف وان كانوا أغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه في الزكاة
وفي المستقبل بأخذها الامام لانه يحكمهم فيه لظهور ولايته (ومن قتل رجلا وهما من عسكر أهل البغي
ثم ظهر عليهم فليس عليهم شيء) لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في
دار الحرب

وقوله (أما عدم القسمة
فلما بيناه) اشارة الى قول علي
ولا يؤخذ مال وقوله لانهم
مسلمون

قال المصنف (ويجبس
الامام أموالهم فلا يردوها
عليهم ولا يقسمها حتى
يتوبوا) أقول قوله ولا يقسمها
تكرار محض مع انه يوهـم
ذكره ههنا من أول الأمر أن
يكون حتى يتوبوا غاية
وليس كذلك بل قوله حتى
يتوبوا غاية لقوله ويجبس
فلا يردوها كما يدل عليه قوله
فبردها

أبي شيبة أسند عن أبي البخري لما انهمز أهل الجمل قال علي رضي الله عنه لا تطلبوا من كان خارجا
من العسكر وما كان من دابة أو سلاح فهو لكم وليس لكم أم ولد أو أي امرأة قتل زوجها فلنعتد أربعة
أشهر وعشرا فقالوا يا أمير المؤمنين نحمل لناد ماؤهم ولا نحمل لناساؤهم فخاصموا فقال هاتوا نساءكم
وأقرعوا على عائشة فهي رأس الأمر وقائدهم قال فخصمهم على رضي الله عنه وعرفوا وقالوا نستغفر
الله قال المصنف (ولأن للامام أن يفعل ذلك في مال العادل) أي يستعين بكرائه وسلاحه عند
حاجة المسلمين اليه (ففي مال الباغي أولى والمعنى) المحجوز (فيه أنه دفع الضرر الأعلى) وهو الضرر المتوقع
لعامة المسلمين (بالضرر الأدنى) وهو اضرار بعضهم (ويجبس الامام أموالهم) لدفع شرهم وإضعافهم
بنلك (ولا يردوها اليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فبردها عليهم) أو على ورثتهم اذا ظهر ذلك واذا حبسها كان بيع
الكراع أولى (لأن حبس الثمن أنظر) ولا ينفق عليه من بيت المال ليتوفر مؤنتها عليه وهذا اذا لم يكن
للإمام بها حاجة (قوله وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لا يأخذها
الامام ثانيا) اذا ظهر على البغاة (لأن ولاية الأخذ) انما كانت له لجبايته إياهم ولم يحكمهم) وما قبل
إن علي رضي الله عنه لما ظهر على أهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جبهوه فيه نظرا لأن الخوارج لا نعلم
أنهم غلبوا على بلدة فأخذوا جباياتها قالوا وكان ابن عمر اذا أتاه ساعى الحرور ادفع اليه زكاته وكذا
سلمة بن الأكوع ثم (ان كانوا صرفوه الى حقه) أي الى مصارفه (أجزأ من أخذ منه) ولا اعادة عليه
(لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى من أخذ منهم أن يعيدوا الاداء فيما بينهم
وبين الله تعالى) قال المصنف رحمه الله (قالوا) أي المشايخ (لا اعادة على الارباب في الخراج لأنهم)
أي البغاة (مقاتلة) وهم مصرف الخراج (وان كانوا أغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك) وان كانوا
أغنياء أفتوا بالاعادة وكذا في زكاة الاموال كلها وأخذوها وتقدم ذلك والمدفوع مصادرة اذا قوى الدافع
النصدق عليهم في كتاب الزكاة فارجع اليه (قوله ومن قتل رجلا الى آخره) يعني اذا كان رجلا لان
من أهل البغي قتل أحدهما الا آخر لا يجب على القاتل دية ولا قصاص اذا ظهرنا عليهم لانه قتل نفسا يباح
قتلها ألا ترى أن العادل اذا قتله لا يجب عليه شيء فلما كان مباح القتل لم يجب به شيء ولأن القصاص
لا يستوفى الا بالولاية وهي بالمنعة ولا ولاية لاماناع عليهم فلا يجب شيء وصار (كالقتل في دار الحرب)
وعند الأئمة الثلاثة يقتل به لان عندهم كل موضع يجب فيه العبادات في أوقافهم وكدار العدل وتقدم

(وان غلبوا على مصر فقتل رجل من أهل مصر رجلا من أهل مصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه) وتأويله اذا لم يجز على أهله أحكامهم وأزعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص (وان اقتل رجل من أهل العدل باغيا فانه يرثه فان قتله الباغي وقال قد كنت على حق وأنا الآن على حق ورثته وان قال قتلته وأنا أعلم أنني على الباطل لم يرثه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقال أبو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي وأصله أن العادل اذا أتلّف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفع الشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا وبأنهم وقال الشافعي رحمه الله في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد أتلّف نفسا أو مالا له أنه أتلّف مالا معصوماً وقتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا إجماع الصحابة ورواه الزهري ولانه أتلّف عن تأويل فاسد والفاقد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم وهذا لأن الأحكام لا بد فيها من الإلزام أو الالتزام

الكلام فيه (قوله وان غلبوا على مصر) من أمصار أهل العدل (فقتل رجل من أهل مصر رجلا منهم عمدا ثم ظهرنا على ذلك المصر فانه يقتص منه) ومعنى المسئلة كما قال نغرا لاسلام أنهم غلبوا ولم يجز فيها حكمهم بعد حتى أزعجهم امام العدل عن أهل المصر أي أخرجهم قبل تقرر حكمهم لانه حينئذ لم تنقطع ولاية الامام فوجب القود أما لو جرت أحكامهم حتى صارت في حكم محل ولا يتهم فلا قود ولا قصاص ولكن يستحق عذاب الآخرة (قوله وان اقتل رجل من أهل العدل باغيا فانه يرثه) بالاتفاق لانه مأمور بقتله فلا يحرم الميراث به (وان قتل الباغي) العادل (وقال كنت على الحق وأنا الآن على الحق ورثته وان قال قتلته وأنا أعلم أنني على الباطل لم يرثه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يرث الباغي) العادل (في الوجهين وهو قول الشافعي وأصله) أي أصل هذا الخلاف الخلاف في (أن العادل اذا أتلّف نفس الباغي أو ماله لا يضمن) عندنا (ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفع الشرهم) وهذا بالاتفاق (والباغي اذا قتل العادل) بعد قيام منعتهم وشوكتهم (لا يجب الضمان) عليه (عندنا) وبه قال أحمد والشافعي في قوله الجديد ولو قتل قبل ذلك اقتص منه اتفاقا وكذا يضمنون المال (وقال الشافعي في القديم يضمن) وبه قال مالك لانهم انفوس وأموال معصومة فتضمن بالاتلاف ظلموا وعدوانا (وعلى هذا الخلاف لو تاب المرتد وقد أتلّف نفسا أو مالا ولنا أنه) اتلاف ممن لم يعتقد وجوب الضمان في حال عدم ولاية الإلزام عليه فلا يؤخذ به قياسا على أهل الحرب والحاصل ان نفي الضمان منوط بالمنفعة مع التأويل فلو تجردت المنفعة عن التأويل كقوم غلبوا على أهل بلدة فقتلوا واستلموا الأموال بلاتأويل ثم ظهر عليهم أخذوا بجميع ذلك ولو انفرد التأويل عن المنفعة بأن انفردوا واحد أو اثنين فقتلوا وأخذوا عن تأويل ضمنوا اذا تابوا أو قدر عليهم والدليل على ما ذكرناه (إجماع الصحابة ورواه الزهري) قال عبد الرزاق في مصنفه أنبأنا معمر أخبرني الزهري أن سليمان بن هشام كتب اليه يسأله عن امرأة خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقها بالحرورية ف تزوجت ثم انهم ارجعوا اليها فتابت قال فكتب اليه أما بعد فان الفتنة الاولى ماتت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن شهد بدرا كثير فاجتمع رأيهم على ان لا يقيموا على أحد حدا في فرج استحلوه بتأويل القرآن ولا قصاصا في دم استحلوه بتأويل القرآن ولا برد مال استحلوه بتأويل القرآن الا أن يوجد شيء بعينه فبرد على صاحبه واني أرى أن ترد إلى زوجها وأن يحسد من اقترى عليها قال المصنف (ولانه أتلّف عن تأويل فاسد والفاقد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع) أي نفي الضمان وصار (كافي منعة أهل الحرب وتأويلهم) ولا يخفى أن هذا الاعتبار وهو إلحاق الفاسد من الاجتهاد الذي لم يسوغ حتى ضل من تركه بالصحيح بشرط انضمام المنعة اليه وتعليله بأنه عند انضمام المنعة تنقطع ولاية الإلزام فيلزم السقوط كله مستندا إلى

قوله (وأزعجوا) يعني أفلح
أهل البقي من مصر (قبل
ذلك) أي قبل إجراء أحكامهم
على أهله وقوله (في الوجهين)
أي في الوجه الذي قال أنا
على الحق وفي الوجه الذي
قال أنا على الباطل وقوله
(رواه الزهري) قال الزهري
وقعت الفتنة وأصحاب
رسول الله صلى الله عليه
وسلم كانوا متوافرين
فاتفقوا على أن كل دم
أربى بتأويل القرآن فهو
موضوع وكل فرج استحل
بتأويل القرآن فهو موضوع
وكل مال أتلّف بتأويل
القرآن فهو موضوع

قوله (ولا التزام لاعتقاد

الاباحة) يعني أن الباغي

اعتقد باباحة أموال العادل

بأن العادل عصي الله ورسوله

ولم يعمل بموجب الكتاب

وقوله (ولهما فيه) أي لابي

حنيفة ومحمد رضي الله

عنهما في قتل الباغي

العادل وقوله (فيعتبر

الفاقد) أي يعتبر التأويل

الفاقد في دفع الحرمان

وقوله (لم يوجد الدافع) أي

التأويل الدافع للضمان

وقوله (وليس يبيعه بالكوفة)

تقيده بالكوفة باعتبار أن

البغاة خرجوا فيها أولا والا

فالحكم في غيرها كذلك

وقوله (الاباحة) أي يبيعه

الحديد لأنه إنما يصير سلاحا

بفعل غيره فلا ينسب إليه

(الآثر) أنه يكره بيع المعازف

قبل جمع معزف ضرب من

الطنابير يتخذها أهل اليمن

(ولا يكره بيع الخشب) لأنه

إنما يصير معزفا بفعل غيره

قوله (وعلى هذا بيع الخمر

مع الغنم) أي لا يجوز بيع

الخمر ويجوز بيع الغنم

والفرق لا في حنيفة رضي

الله عنه بين كراهة بيع

السلاح من أهل الفتنة

وعدم كراهة بيع العصير

من يتخذ خرا سياتي في

باب الكراهة إن شاء الله

تعالى والله سبحانه وتعالى

أعلم بالصواب واليه

المرجع والمآب

ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تأويل ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التأويل ثبت الالتزام باعتقادا بخلاف الاثم لأنه لا منعة في حق الشارع اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث ولا في يوسف رحمه الله في قتل الباغي العادل أن التأويل الفاسد إنما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا إلى استحقاق الارث فلا يكون التأويل معتبرا في حق الارث وله ما فيه أن الحاجة إلى دفع الحرمان أيضا إذا قربت سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه إلا أن من شرطه بقاءه على ديانته فإذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان قال (ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم) لأنه اعانة على المعصية (وليس يبيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنة بأس) لأن الغلبة في الامصار لأهل الصلاح وإنما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به إلا بصنعة ألا ترى أنه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع الغنم

الاجماع المنقول من الصحابة والافلا يلزم من التجزئ عن الارام سقوطه شرعا بل إنما يلزم سقوط الخطاب به مادام التجزئ عن الزامه ثابتا فإذا ثبتت القدرة تعلق خطاب الارام كما بقوله النافعي لكن لما كان الاجماع المنقول في صورة مقيدة بما ذكرنا كان ذلك أصلا شرعا ضرورة الاجماع المذكور اذا عرفت هذا فيقول أبو يوسف الحاق التأويل الفاسد بالصحيح بقول الصحابة كان في دفع الضمان والحاجة ههنا إلى إثبات الاستحقاق فالحاق به بلا دليل وهما يقولان المتحقق من الصحابة جعل تلك المنعة والاعتقاد دافعا ما لولا ثبت لثبوت أسباب الثبوت ألا ترى أنه لو لا تلك المنعة والاعتقاد لثبت الضمان لثبوت سببه من القتل عمدا واتلاف المال المعصوم فيتناول ما نحن فيه فان القرابة التي هي سبب استحقاق الميراث قائمة والقتل بغير حق مانع وجده عن اعتقاد الحقية مع المنعة فتعققت مقتضاه من المنع فعمل السبب عمله من اثبات الميراث (قوله ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم) لأنه اعانة على المعصية وليس يبيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنة بأس لأن الغلبة في الامصار لأهل الصلاح وإنما يكره بيع نفس السلاح لأنه يقاتل بعينه (لا ما لا يقاتل به إلا بصنعة) يتحدث فيه وتطيره كراهة بيع المعازف لأن المعصية تقام بها عينها (ولا يكره بيع الخشب) المتخذة هي منه (وعلى هذا بيع الخمر) لا يصح ويصح بيع الغنم والفرق في ذلك كله ما ذكرنا وقيل الفرق الصحيح أن الضرر هنا يرجع إلى العامة وهناك يرجع إلى الخاصة ذكره في الفوائد الظهيرية (فروع) اذا طلب أهل البغي المودعة أجيبوا إليها اذا كان خير المسلمين لان المسلمين قد يحتاجون إلى المودعة لحفظ قوتهم والاستزادة من التقوى عليهم ولا يؤخذ منهم عليها شيء لانهم مسلمون ومثله في المرتدين لانهم اذا أخذوا ملكوا ثم يجبرون على الاسلام واذا تاب أهل البغي تقدم أنهم لا يضمنون ما أتلفوا وفي المبسوط روى عن محمد قال أفنيهم بأن يضمنوا ما أتلفوا من النفوس والاموال ولا الزمهم بذلك في الحكم قال شمس الأئمة وهذا صحيح لانهم كانوا معتقدين الاسلام وقد ظهر اهمل خطوهم الآن ولاية الارام كانت منقطعة للمنعة فيفتنوا به ولو استعان أهل البغي بأهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد كما أن هذا الفعل من أهل البغي ليس نقضا للإيمان فالذين انضموا اليهم من أهل الذمة لم يخرجوا من أن يكونوا ملتزمين بحكم الاسلام في المعاملات وأن يكونوا من أهل الدار حكمهم حكم البغاة واذا وقعت المودعة فاعطى كل فريق رهنا على أن أيهما غدر يقتل الآخر والرهن فغدر أهل البغي وقتلوا الرهن لا يحل لأهل العدل قتل الرهن بل يحبسونه حتى يهلك أهل البغي أو يتوبوا لانهم صاروا آمنين بالمودعة أو باعطائنا الامان لهم حين أخذناهم رهنا والغدر من غيرهم لا يؤخذون به لكنهم يحبسون مخافة أن يرجعوا إلى فتنهم وكذا اذا كان هذا الصلح بين المسلمين والكفار حبس رهنهم حتى يسلموا

فان أبوا جعلوا ذمة ووضع عليهم الجزية لانهم حصلوا في أيدينا آمنين وحكى أن المنصور كان ابتلى به مع أهل الموصل ثم انهم غدروا فقتلوا رهنه فجمع العلماء يستشيرهم فقالوا يقتلون كما شرطوا على أنفسهم وفيهم أبو حنيفة ساكت فقال له ماتقول قال ليس لك ذلك فانك شرطت لهم ما لا يحل وشرطوا لك ما لا يحل وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولا تزرر وزر أخرى فأغظ عليه القول وأمر بأخراجه من عنده وقال مادعونك لشيء إلا أتيتني بما أكره ثم جمعهم من الغد وقال قد تبين لي أن الصواب ما قلت فماذا نضع بهم قال سل العلماء فسألهم فقالوا لا علم لنا قال أبو حنيفة نضع عليهم الجزية قال لم وهم لا يرضون بذلك قال لانهم رضوا بالمقام في دارنا على التأبيد والكافر اذا رضى بذلك نضع عليه الجزية فاستحسن قوله واعتذر اليه واذا آمن رجل من أهل العدل رجلا من أهل البغي جازأمانه لانه ليس أعلى شقا فامن الكافر وهناك يجوز فكذا هنا ولا تله قد يحتاج الى مناظرته ليتوب ولا يتأق ذلك ما لم يأمن كل من الآخر ومنه أن يقول لا بأس عليك ولا يجوز أمان الذي اذا كان يقاتل مع أهل البغي ولو ظهر أهل البغي على بلد فلولوا فيه فاضيا من أهل ليس من أهل البغي صح وعليه أن يقيم الحد ودوا الحكم بين الناس بالعدل فان كتب هذا القاضي كتابا الى قاضي أهل العدل بحق لرجل من أهل مصر به شهادة من شهد عنده ان كان القاضي يعرفهم وليسوا من أهل البغي أجازة وان كانوا من أهل البغي أولا يعرفهم لا يعمل به لان الغالب فيمن يسكن عندهم أنه منهم ولا يقبل قاضي أهل العدل كتاب قاضي أهل البغي لانهم فسقة ويكره أخذ رؤسهم فيطاف بهم في الآفاق لانه مثله وجوز به بعض المتأخرين اذا كان فيه طمأنينة فلوب أهل العدل أو كسر شوكتهم ويكره للعدل قتل أبيه أو أخيه من أهل البغي بخلاف أخيه الكافر فانه لا يكره لانه اجتمع في الباغي حرمتان حرمة الاسلام وحرمة القرابة وفي الكافر حرمة القرابة فقط واذا كان رجل من أهل العدل في صف أهل البغي فقتله رجل من أهل العدل لم يكن عليه فيه دية كما لو كان في صف أهل الحرب لانه أهدر دمه حين وقف في صفهم ولو دخل باغ بامان فقتله عادل عليه الدية كما لو قتل المسلم مستأمنا في دارنا وهذا لبقاء شبهة الاباحة في دمه واذا حمل العادل على الباغي فقال ثبت وألقى السلاح كف عنه وكذا لو قال كف عني حتى أتظر لعلني أتوب وألقى السلاح وما لم يلق السلاح في صورة من الصور كان له قتله ومنى ألقاء كف عنه بخلاف الحربى لا يلزمه الكف عنه بالقائه السلاح ولو غلب أهل البغي على بلد فقاتلهم آخرون من أهل البغي فأرادوا أن يسبوا ذراري أهل المدينة وجب على أهل البلد أن يقاتلوا دون ذراريهم لانهم لا يسبون فوجب قتالهم واذا وادع أهل البغي قومًا من أهل الحرب لا يحل لأهل العدل غزوهم لانهم مسلمون وأمان المسلم اذا كان في منعة نافذة على جميع المسلمين فان غدروا بهم بالبغاة فسبوا لا يحل لاحد من أهل العدل أن يشتري منهم ولو ظهر أهل البغي على أهل العدل فالحجوههم الى دار الشرك لم يحل لهم أن يقاتلوا بالبغاة مع أهل الشرك لان حكم أهل الشرك ظاهر عليهم ولا يحل لهم أن يستعينوا بأهل الشرك على أهل البغي اذا كان حكم أهل الشرك هو الظاهر ولا بأس بان يستعين أهل العدل بالبغاة والذميين على الخوارج اذا كان حكم أهل العدل هو الظاهر لانهم يقاتلون لأعزاز الدين والاستعانة عليهم بقوم منهم أو من أهل الازمة كالاستعانة عليهم بالكلاب واذا ولى البغاة قاضيا في مكان غلبوا عليه ففضى ماشاء ثم ظهر أهل العدل فرفعت أفضيته الى قاضي أهل العدل نفذ منها ما هو عدل وكذا ما قضاه برأى بعض المجتهدين لان قضاء القاضي في المجتهدات نافذة وان كان مخالفا لراى قاضي العدل ولو استعان البغاة بأهل الحرب فظهر عليهم سبينا أهل الحرب ولا تكون استعانة البغاة بهم أماتا منهم لهم حتى يلزمنا تأمينهم على ما قدمنا لان المستأمن من يدخل دار الاسلام تارك الحرب وهو لا مادخلوا الا ليقاتلوا المسلمين

لما كان في الالتقاط دفع
الهلاك عن نفس الملتقط
ذكره عقيب الجهاد الذي
فيه دفع الهلاك عن نفس
عامة المسلمين والقبط اسم
لشيء منبوذ فعيل بمعنى
مفعول كالخرج وفي
الشريعة اسم لشيء مولود طرحه
أهله خوفا من العيلة أو فرارا
من تهمة الزنا مضبغة
أنهم ومحرز غانم لأن فيه
الاحياء وقد قال تعالى ومن
أحياءها فكأنما أحياء الناس
جميعا فإذا كان بمعنى المفعول
كان تسمية الشيء باسم
ما يؤل إليه لما أنه يلتقط
وهو حر أي في جميع أحكامه
حتى أن قاذفه يحد وقاذف
أمه لا يحد كذا في شرح
الطحاوي وقوله (لأن
الأصل في بني آدم الحرية)
لأنهم من آدم وحواء وهما
حران والرق انما هو لعارض
الكفر على ما تقدم والأصل
عدم العارض ولأن الحكم
للغالب والغالب فيمن يسكن
بلاد الاسلام الحرية وقوله
(هو المروى عن عمرو على
رضي الله عنهما) روى عن
علي رضي الله عنه أنه قال
القبط حرو وعقله وولأوه
للمسلمين وعن عمر رضي الله
عنه مثله

كتاب القبط

(قوله والقبط اسم لشيء
منبوذ الخ) أقول لا من

حيث أنه منبوذ بل من حيث أنه سلب

كتاب القبط

القبط سمي به باعتبار ما له لما أنه يلتقطوا الالتقاط مندوب إليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه
ضياعه فواجب قال (القبط حر) لأن الأصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولأن الحكم
للغالب (ونفقته في بيت المال) هو المروى عن عمرو على

كتاب القبط

أعقب القبط والقطة الجهاد لما فيه من كون النفوس والاموال تصير عرضة للقوات وقدم القبط
على القطة لتعلقه بالنفس والمتعلق به مقدم على المتعلق بالمال والقبط لغة ما يلتقط أي يرفع من
الارض فعيل بمعنى مفعول سمي به الولد المطروح خوفا من العيلة أو من تهمة الزنا به باعتبار ما له
اليه لانه آبل الى أن يلتقط في العادة كالقتيل في قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه
(والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احياء نفس مسلمة) اذ لم يغلب على الظن ضياعه (فان غلب على ظنه
ضياعه كان واجبا) وقول الشافعي وباقي الاثمة الثلاثة فرض كفاية الا اذا خاف هلاكا ففرض عين
يحتاج الى دليل الوجوب قبل الخوف نعم اذا غلب على الظن ضياعه أو هلاكا فكما قالوا وهو المراد
بالوجوب الذي ذكرناه لا الوجوب باصطلاحنا لان هذا الحكم وهو الزام التقاطه اذا خيف هلاكا كجمع
عليه والثابت الزامه بقطعي فرض (قوله القبط حر ولو كان الملتقط عبدا) أي في جميع أحكامه حتى
يحد قاذفه والجناية عليه كالجناية على الاحرار ولا يحد قاذف أمه لانه لا يعلم حريتها ولا يقيم الحد مع
احتمال السقوط وانما حكم الشرع فيه بالحرية (لأن الأصل في بني آدم الحرية) لأنهم أولاد خيار
المسلمين آدم وحواء وانما عرض الرق بعروض الكفر لبعضهم فمالم يثبت بالعارض لا يحكم به
(وكذا الدار دار الاحرار ولأن الحكم للغالب) والغالب في جميع أقطار الدنيا الاحرار (قوله ونفقته
في بيت المال) أي اذا لم يكن له مال وهذا بخلاف وأصله ما روى مالك في الموطأ عن سنيين أبي جيلة
رجل من بني سليم أنه وجد منبوذا في زمن عمر بن الخطاب قال فثبت به الى عمر فقال ما جعلك على
أخذ هذه التسمية فقال وجدت لها ضائعة فأخذتها فقال له عريفة بأمر المؤمنين انه رجل صالح قال
كذلك قال نعم قال اذهب به فهو حر وعليتنا نفقته وعن مالك رواه الشافعي في مسنده وقال البيهقي
وغير الشافعي يرويه عن مالك ويقول فيه وعليتنا نفقته من بيت المال انتهى وكذلك رواه عبد الرزاق
قال أنبأنا مالك عن ابن شهاب حدثني أبو جيلة أنه وجد منبوذا على عهد عمر بن الخطاب رضي الله
عنه فأتاه به فأتاه عمر رضي الله عنه فأتى عليه خيرا فقال عمر رضي الله عنه هو حر وولأوه لك ونفقته
من بيت المال وتهمة عمر دل عليها ما في رواية محمد عنه في حديث أبي جيلة أنه قال له عسي الغوير أبو ساء
وهو مثل لما يكون ظاهره خلاف باطنه وأول من قاله الزباني وما قيل فيه دليل على أن الملتقط ينبغي
أن يأتي به الى الامام أو لابس بلازم نعم من لم يتبرع بالاتفاق وقصد أن ينفق عليه من بيت المال كما فعل
أبو جيلة يحتاج أن يأتي به اليه واذا جاء به الى الامام لا يصدقه فيخرج من بيت المال نفقته الا أن يقيم
بينة على الالتقاط لانه عساه انه ولد اقال عمر رضي الله عنه عسي الغوير أبو ساء والوجه أنه لا يتوقف
على البينة بل ما يرجح صدقه ألا ترى أن عمر لما قال عريفة انه رجل صالح أنفق عليه فان هذه البينة
ليست على أوضاع البينات فانها لم تقم على خصم حاضر وانما كانت ليرجع صدقه في إخباره بالالتقاط
ولذا قال في المبسوط هذه لكشف الحال والبينة لكشف الحال مقبولة وان لم تكن على خصم قال
الواقدي وحدثني محمد بن عبد الله ابن أخي الزهري عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال كان عمر اذا

ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة قاشبه المقعد الذي لا مال له ولا قرابة ولان ميراثه لبيت المال وانخراج بالضمن ولهذا كانت جنائته فيه والمثلث متبرع في الاتفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضي به ليكون ديناً عليه لعموم الولاية قال (فان التلقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذ منه) لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده (فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله) معناه اذالم يدع المثلث نسبته وهذا استحسن والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق المثلث وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعبر بعدمه

يقال خراج غلامه اذا اتفقا على ضريبة يؤديه اليه في وقت معلوم وقوله (فيه) أي في بيت المال ويقال برع الرجل وبرع بالفتح والضم اذا فصل على اقرانه ومنه يقال للفضل المتبرع وقوله (الا ان يأمره القاضي به ليكون ديناً عليه لعموم الولاية) في قوله ليكون ديناً عليه اشارة الى انه انما يصير ديناً اذا قال ذلك ومن اصحابنا من قال بمجرد امر القاضي بالاتفاق عليه يكفي ولا يشترط ان يقول على ان يكون ذلك ديناً عليه لان امر القاضي نافذ عليه كأمره بنفسه ان لو كان من أهله ولو كان من أهله وأمر غيره بالاتفاق عليه كان ما ينفق ديناً عليه فكذا اذا أمره القاضي والاصح ان لا يرجع ما لم يقل القاضي ذلك لان مطلقه محتمل قد يكون للعت والترغب في اتمام ما شرع فيه من التبرع وانما يزول هذا الاحتمال اذا شرط ان يكون ديناً عليه وقوله (معناه اذالم يدع المثلث نسبته) يعني اذا ادعاه المثلث ورجل آخر فالمثلث أولى لانهما استويا في الدعوى ولا حدهما يد فكان صاحب البدأ أولى

أني بلقيط فرض له ما يصلحه رزقا يأخذه ولبه كل شهر وبوصى به خيرا ويجعل رضاعه في بيت المال ونفقته وروى عبد الرزاق حدثنا سفيان الثوري عن زهير بن أبي ثابت عن زهير بن أوس عن عيم أنه وجد لقيطاً فأتى به الى علي رضي الله عنه فأخذه على ماله (ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة) أغنياء لتجب نفقته عليهم فكانت في بيت المال (كالمقعد الذي لا مال له) ولان ميراثه لبيت المال (وانخراج بالضمن) أي لبيت المال غنمه أي ميراثه ودينه حق لو وجد للقيط قتيلاً في محلة كان على أهل تلك المحلة دينه لبيت المال وعليهم القسامة وكذا اذا قتله المثلث أو غيره خطأ فالدية على عاقلة لبيت المال ولو قتله عمداً فالحجارة الى الامام على ما تقدم في مثله فعليه غرمه (ولهذا كانت جنائته في بيت المال) وبدأ محمد درجه الله بحديث الحسن البصري أن رجلاً التلقط لقيطاً فأتى به على رضي الله عنه فقال هو حر ولأن كونه وليت من أمره مثل الذي وليت منه أحب الى من كذا وكذا ففرض على ذلك ولم يأخذه منه بالولاية العامة وهي الامامة لانه لا ينبغي للامام ان يأخذه من المثلث الا بسبب وجب ذلك لأن يده سبقت اليه فهو أحق به (قوله والمثلث متبرع بالاتفاق عليه لعدم ولايته) على أن يلحقه الدين ليرجع عليه اذا كبر واكتسب (الا ان يأمره القاضي به ليكون ديناً عليه) يعني بهذا القيد بان يقول أنفق عليه ويكون ذلك ديناً عليه وظاهر الحصر المذكور في قوله الا ان يأمره الى آخره يفيد انه لو أمره ولم يقل ليكون ديناً عليه لا يرجع بما أنفق وهو كذلك في الاصح لان مطلق الامر بالاتفاق انما يوجب ظاهراً ترغيبه في اتمام الاحسباب وتحصيل الثواب وقيل بوجبه الرجوع لان امر القاضي كأمر اللقيط بنفسه اذا كان كبيراً (لعموم ولاية القاضي) فاذا أنفق بالامر الذي يصير ديناً عليه فبلغ فادعى انه أنفق عليه كذا فان صدقه اللقيط رجع به وان كذبه فالقول قول اللقيط وعلى المثلث البينة (قوله فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله) ويثبت نسبته منه بمجرد دعواه ولو كان ذمياً قال المصنف (معناه اذالم يدع المثلث نسبته) يعني سابقاً على دعوى المدعى أو مقارناً أما اذا ادعى على التعاقب فالسابق من المثلث والخارج أولى وان ادعى معه فالمثلث أولى ولو كان ذمياً وانما يرجع مسلم الاستئناس في الدعوى ولا حدهما يد فكان صاحب البدأ أولى وهو الذي وبحكم باسلام الولد ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحساناً والقياس أن لا يثبت الا بيينة لانه يتضمن ابطال حق ثابت بمجرد دعواه وهو حق الحفظ الثابت للمثلث وحق الولاية الثابت لعامة المسلمين (وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب) وينادي بانقطاعه اذ يعبر به ويحصل له من يقوم بتربيته وموته راغباً في ذلك غير ممن به ويد المثلث ما اعتبرت الا بحصول مصلحته هذه لانه لا استحقاق ملك وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل به هذه الدعوة فيقدم عليه ثم يثبت بطلان يد المثلث ضماناً من تبعاً على وجوب ابعاله هذا النفع اليه لأن الأب أحق بكونه في يده من الاجنبي وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح ثم يرتب عليها استحقاق الميراث ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح وكثير من المشايخ لا يذكرون غير هذا وذكر بعضهم أن عند البعض يثبت نسبته من المدعى ويكون في يد المثلث لاجتماع بين منفعتي الولد والمثلث وليس بشيء وأما ثبوت

(قوله لان امر القاضي الى قوله كان ما ينفق عليه ديناً) أقول يعني ان امر القاضي نافذ على اللقيط كأمرة اللقيط بنفسه ان لو كان اللقيط من أهل الامر ولو كان من أهل الامر الخ

وقوله (ثم قيل بضم في حقه) أي في حق النسب وقيل يثنى عليه بطلان يده لأن من ضرورة ثبوت النسب أن يكون هو أحق بحفظ ولده من غيره وقوله (ولو ادعاه الملتقط) أي ولو ادعى الملتقط نسب الملقب وقال هو ابني بعدما قال إنه لقيط قيل يصح قياسا واستحسانا لأنه لم يبطل بدعواه حق أحد ولا منازعه في ذلك (والاصح أنه على القياس والاستحسان) أي على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان يعني في القياس لا يصح وفي الاستحسان يصح كما في دعوى غير الملتقط لكن وجه القياس ههنا غير وجه القياس في دعوى غير الملتقط ووجه القياس في دعوى غير الملتقط هو نفي ابطال حق الملتقط فلذلك لم تصح دعواه ووجه القياس في دعوى الملتقط هو تناقض كلامه بأنه لما زعم أنه لقيط كان نافيًا بنسبه لأن ابنه لا يكون لقيطاً (٤١٩) في يده ثم ادعى أنه ابنه فكان

مناقضا وفي الاستحسان تصح دعواه لأن هذا اقرار على نفسه من وجه حيث يلزمه نفيته ويجب عليه أن يحفظه فهو في هذا الاقرار يكتسب له ما ينفعه وبالتقاط ثبتت له هذه الولاية وقوله (أنه متناقض) قلنا نعم ولكن فيما طرأ به الخفاء قد يشبهه على الناس حال ولده الصغير وهو يظن أنه لقيط ثم يتبين بعد ذلك أنه ولده والتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن إذا كذب نفسه (وان ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو أولى به) أي يجب على الملتقط أن يدفع اللقب إلى الذي وصف علامة في جسده وأصل في وصفه لأن الواصف أولى بذلك اللقب فان قيل ما الفرق بين اللقب واللقطة فان اللقطة إذا تنازع فيها اثنان ووصف أحدهما وأصاب

ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل يثنى عليه بطـ لان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح أنه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل (وان ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو أولى به) لان الطاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف أحدهما علامة فهو ابنيهما الاستواء ما في السبب ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا أقام الآخر البينة لأن البينة أقوى

النسب في دعوى ذي اليد (ف قيل يصح قياسا واستحسانا) أي ليس فيه قياس مخالف والصحيح أنهما أيضا في الأن وجه القياس فيه غير في دعوى الخارج فان ذلك هو استلزامه ابطال حق مجرد دعواه وهما استلزامه التناقض لأنه لما ادعى أنه لقطه كان نافيًا بنسبه فلما ادعاه تناقض وجه الاستحسان فيه ما قدمناه والتناقض لا يضر في دعوى النسب لانه مما يخفى ثم يظهر وهذا معنى ما في الاصل الذي أحال المصنف عليه (ولو ادعاه اثنان) خارجا معا (ووصف أحدهما علامة في جسده) فطابق (فهو أولى به) من الآخر الا ان يقيم الآخر البينة فيقدم على ذي العلامة أو كان مسلما واذ العلامة ذي فيقدم المسلم ولو أقام البينة وأحدهما ذي كان ابنا للمسلم (ولو لم يصف أحدهما علامة كان ابنيهما الاستواء في سبب الاستحقاق) وهو الدعوى وكذا لو أقاموا هما مسلما ولو كانت دعوة أحدهما سابقة على الأخرى كان ابنه ولو وصف الثاني علامة لثبوت في وقت لا منازع له فيه وانما قدم ذو العلامة لترجيح بها بعد ثبوت سببي الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما بخلاف ما لو ادعى اثنان عينا في يد ثالث وذكر أحدهما علامة لا يقدح شيئا وكذا في دعوى اللقطة لا يجب الدفع بالوصف لأن سبب الاستحقاق هناك ليس مجرد الدعوى بل البينة فلو قضى له لكان اثبات الاستحقاق ابتداء بالعلامة وذلك لا يجوز انما حال العلامة ترجيح أحد السببين على الآخر ولو ادعاه اثنان خارجا فاقام أحدهما البينة أنه كان في يده قبل ذلك كان أحق به لظهور تقدم اليد وكما لم يترجح دعوى واحد من المدعين يكون ابنا لهما وعند الشافعي يرجع إلى القافة على ما قدمنا في باب الاستيلاد ولا يلحق بأكثر من اثنين عند أبي يوسف وهو رواية عن أحمد وعند محمد لا يلحق بأكثر من ثلاثة وفي شرح الطحاوي وان كان المتدعي أكثر من اثنين فعن أبي حنيفة أنه يجوز أن يخطب ولوا دعت امرأه لا يقبل إلا ببينة لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وان ادعت امرأتان وأقامتا البينة فهو ابنيهما عند أبي حنيفة في رواية أبي حفص وعندهما لا يكون ابن واحد منهما وهو رواية أبي سليمان عنه وهذا كله في حال حياة اللقيط فلو مات عن مال فادعى انسان نسبه لا يثبت لأن تصديقه كان باعتبار أن اللقيط محتاج إلى ذلك وبالموت

ولم يصف الآخر فانه لا يقضى لصاحب الوصف بل اذا انفرد الواصف يحمل لللقط أن يدفعها إليه ولا يلزمه وهاهنا يلزم اجيب بأن الفرق بينهما هو أن الاصابة بوصف أمر محتمل لا يثبت له أصاب لانه رأى في يد غيره والمحتمل لا يصلح سببا للاستحقاق على الغير لكنه يصلح مرجحا لسبب الاستحقاق كالبند في دعوى التنازع اذا ثبت هذا فنقول في فصل اللقيط قد وجد ما هو سبب الاستحقاق وهو الدعوة لانه سبب الاستحقاق في حق اللقيط الا ترى أنه لو انفرد بدعوى اللقيط قضى له به كالأقارم البينة فيعتبر الوصف لترجيح سبب الاستحقاق وأما في اللقطة فالدعوى ليست بسبب الاستحقاق حتى يرجح بالوصف فلو اعتبر الوصف اعتبر لا أصل للاستحقاق والوصف لا يصلح سببا فافترقا

قوله (وان وجد في مصر من أمصار المسلمين) (٤٢٠) على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقال في النهاية والمستل في

الحاصل على أربعة أوجه أحدها أن يجده مسلم في مكان المسلمين كالسجدة ونحوه فيكون محكوما له بالاسلام والثاني أن يجده كافر في مكان أهل الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكوما له بالكفر لا يصلي عليه اذامات والثالث أن يجده كافر في مكان المسلمين والرابع أن يجده مسلم في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية ففي كتاب القبط يقول العبدة للكان في الفصلين جميعا وفي رواية ابن سماعة عن محمد أن العبدة للواحد بالقصدين جميعا كذا في المبسوط وقوله (في بعض النسخ) أي في بعض نسخ دعوى المبسوط (قوله ومن ادعى أن القبط عبده) ظاهرا فان قيل إن البيعة لا تقبل الأعلى خصم منكر ولا خصم ههنا لان المنقسط ليس بولي فلا يكون خصما عنه أحب بان الخصم هو المنقسط باعتبار يده لانه يمنع عنه ويرغم انه أحق بحفظه فلا يتوصل المدعى الى استحقاق يده عليه الا باقامة البيعة

قال المصنف (لقوة البعد الا يرى الخ) أقول فيه

(واذا وجد في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم فادعى ذمى انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما) وهذا استحسان لأن دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره (وان وجد في قرية من قرى أهل الذمة أو في بيعة أو كنيسة كان ذميا) وهذا الجواب فيما اذا كان الواحد ذميا رواية واحدة وان كان الواحد مسلما في هذا المكان أو ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي رواية كتاب القبط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواحد وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة البعد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير أحدهما يعتبر كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير (ومن ادعى ان القبط عبده لم يقبل منه) لانه حر ظاهرا

استغنى عنه ففي كلامه مجرد دعوى الميراث ولا يصدق الا بيينة على ذلك (قوله واذا وجد) القبط (في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم) فهو مسلم لا فرق في ذلك بين كون ذلك المصر كان مصرا للكفار ثم أزجروا وظهرنا عليه أولا ولا بين كونه فيه كفارا كثيرون أولا (فان ادعاه ذمى انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما) استحسانا والقياس أن لا يثبت نسبه منه لان في ثبوت نسبه منه نفي اسلامه الثابت بالدار وهو باطل وجه الاستحسان (أن دعواه تضمنت) شيئين (النسب وهو نافع للصغير ونفي الاسلام الثابت بالدار وهو ضرره) وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر لجواز مسلم هو ابن كافر بأن أسلمت أمه (فصحت دعواه فيما ينفعه) من ثبوت النسب (دون ما يضره) الا اذا أقام بيينة من المسلمين على نسبه فيثبت كونه كافرا وذلك ان سماعة عن محمد في الرجل يلتقط القبط فيدعيه نصراني وعليه زى أهل الشرك فهو ابنه وهو نصراني وذلك أن يكون في رقبته صليب أو عليه قبض ديباج أو وسط رأسه مجزوزا انتهى ولا ينبغي أن يجعل قبض الديباج علامة في هذه الديار لأن المسلمين كثيرا ما يفتلونه واذا حكمنا بأنه ابن ذمى وهو مسلم فيجب أن يترع من يده اذا قارب أن يعقل الاديان كما قلنا في الحضارة اذا كانت أمه المطلقة كافرة (قوله وان وجد في قرية من قرى أهل الذمة أو في بيعة أو كنيسة) في دار الاسلام (كان ذميا) هكذا قال القدوري قال المصنف (هذا الجواب فيما اذا كان الواحد ذميا رواية واحدة فان كان مسلما في هذا المكان) أي في قرية من قرى أهل الذمة أو بيعة أو كنيسة (أو كان) الواحد (ذميا) لكن وجدته (في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب القبط العبدة بالمكان) في الفصلين وهو ما اذا كان الواحد مسلما في نحو الكنيسة أو ذميا في غيرهما من دار الاسلام وعليه مشى القدوري هنالكان المكان سابق والسبق من أسباب الترجيح (وفي كتاب الدعوى) اختلفت النسخ (في بعض النسخ اعتبر الواحد) في الفصلين (وهو رواية ابن سماعة) في الفصلين لان البعد أقوى من المكان (الا ترى) ان الصبي المسيحي مع أحد الابوين الى دار الاسلام يكون كافرا حتى لا يصلي عليه اذامات (وفي بعض نسخه) أي نسخ كتاب الدعوى من المبسوط (اعتبر الاسلام) أي ما يصير الولد به مسلما (نظرا للصغير) ولا ينبغي أن يعدل عن ذلك فعلى هذا لو وجد كافر في دار الاسلام أو مسلم في كنيسة كان مسلما فصارت الصور أربعة اتفاقيتان وهو ما اذا وجد مسلم في قرية من قرى المسلمين فهو مسلم أو كافر في نحو كنيسة فهو كافر واخلافيتان وهما مسلم في نحو كنيسة أو كافر في نحو قرية للمسلمين وفي كفاية اليه في قبل يعتبر بالسما والزي لانه حجة قال الله تعالى تعرفهم بسماهم يعرف المجرمون بسماهم وفي المبسوط كما لو اختلفت الكفار يعني موتا باعوانهم الفصل بالزي والعلامة ولو فتحت القسطنطينية فوجد فيها شيخ بهلم صبيانا حوله القرآن يزعم انه مسلم يجب الاخذ بقوله (قوله ومن ادعى أن القبط عبده لم يقبل منه) لأن

الاصل

ببحث فان التبعية في الابوين للجزئية لا للبدع مجردا قال المصنف (فوق تبعية الدار) أقول لأن بينه وبين الابوين جزئية ولا جزئية بينه وبين المكان (قوله لانه يمنع عنه) أقول أي يمنع عنه المدعى

فان ادعى عبداً انه ابنه ثبت نسبه لان دعواه تضمنت شيئين النسب وهو نفع للصبي لانه يحصل له الشرف بثبوت النسب والرق وهو مضرة فيثبت الاول دون الثاني لان الاول لا يستلزمه لان المملوك قد تلده الحرة فلا تبطل له الحرية الظاهرة بالشك ويمكن أن يقرر بجعل كلامه دليلين على مطلوبين أحدهما انه ثبت نسبه لانه ينفعه (٤٢١) وكل مائة عه يثبت له والثاني انه حر لان المملوك قد تلده الحرة فلا

يكون عبداً وقد تلده الامه فيكون عبداً والظاهر في بني آدم الحرية فلا تبطل بالشك قال (والحري في دعوته اللقيط أولى من العبد) اذا ادعى اللقيط الحر والعبد وهما خارجان أو المسلم والذي وهما خارجان دعوى مجردة فالحر أولى من العبد والمسلم أولى من الذي وكذلك اذا أقاما البينة وليست احدهما أكثر اثباتاً حتى لو شهد للمسلم زيمان والذي مسلمان كان للمسلم لان بينة كل واحد منهما حجة في حق الآخر وليست احدهما أكثر اثباتاً فكان المسلم أولى وأما اذا كانت بينة الذي أكثر اثباتاً فلا يعتبر الترجيح بالاسلام فلو ادعى الذي صيافي بدر رجل انه ابنه ولد على فراشه وأقام على ذلك شاهدين مسلمين وأقام عبداً مسلم يئسه انه ابنه ولد على فراشه من هذه الامه قضى للذي بالصبي ولم يترجح العبد بالاسلام لان بينة الذي أكثر اثباتاً لا تثبت النسب بجميع أحكامه

الا أن يقيم البينة انه عبده (فان ادعى عبداً انه ابنه ثبت نسبه منه) لانه ينفعه (وكان حراً) لان المملوك قد تلده الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك (والحري في دعوته اللقيط أولى من العبد والمسلم أولى من الذي) ترجيحاً لما هو والانظر في حقه (وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له) اعتباراً للظاهر وكذا اذا كان مشدوداً على دابة وهو عليها الماذكر نائم يصرفه الواجد اليه بأمر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه

الأصل الحرية لما قدمنا (الا أن يقيم بينة) لا يقال هذه البينة ليست على خصم فلا تقبل لأن الملتقط خصم لأنه أحق بثبوت يده عليه فلا تزول الا بينة هنا وانما قلنا هنا كي لا ينقض بما اذا ادعى خارج نسبه فان يده تزول بلا بينة على ألا وجه والفرق أن يده اعتبرت لمنفعة الولد وفي دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة التي أوجبت اعتباراً بالملتقط فتزال للحصول ما يفوق المقصود من اعتبارها وهنا ليس دعوى العبدية كذلك بل هو مما يضر بتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزال الا بينة (قوله) فان ادعى عبداً انه ابنه ثبت نسبه منه لأنه ينفعه وكان حراً لان المملوك قد تلده الحرة فيكون الأب عبداً والولد حراً لأنه ينبع أمه في الحرية والرق فيقبل فيما ينفعه دون ما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذي فلم يكن من ضرورة ثبوت نسبه منه رقه (فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك) اذا لم تضاف ولادته الى امرأه أمة فان أضاف الى امرأته الأمة ففيه خلاف بين أبي يوسف ومحمد ذكر في الذخيرة أن الولد حر عند محمد وعند أبي يوسف عبد فمحمد يقول في دعوى العبد نفع هو والنسب ضرر وهو الرق وأحدهما ينفع عن الآخر فيعتبر فيما ينفعه دون ما يضره وأبو يوسف يقول لما صدق الشرع في ثبوت النسب يصدق فيه ما كان من ضروره راته تبعاً فيحكم برقه تبعاً بخلاف الذي فانه ليس من ضروره ثبوت كفره لجواز اسلام زوجته وعلى هذا وقال الذي انه من زوجته الذمية لا يصدق (قوله) والحري في دعوته اللقيط أولى من العبد) يعني اذا ادعى وهما خارجان لما قدمنا انه اذا كان الملتقط ذمياً اقام مع مسلم خارج رجع عليه وكذا اذا ادعى الذي انه ابنه والمسلم انه عبده فهو ابن الذي لأنه يفوز بالنسب والحرية مع الحكم بالاسلام ولا كذلك في دعوى رقه الا أن يقيم بينة رقه فيكون رقيقاً كما ان الذي اذا اقام ابنه وأقام بينة من المسلمين يكون كافراً ولو وجد طفل في يد عبد محجور ذكر أنه النقطه ولا بينة له على الالتقاط وكذبه مولاه وقال هو عبدي فالقول قول المولى لان العبد المحجور لا يده على نفسه فاني يده كما في يد المولى وكذا لو أقر بعين في يده لا آخر وكذبه المولى لا يصح اقراره كما لو كان في يد المولى ولو كان العبد ما أدوناً في التجارة فالقول قول العبد لان للأنون يد على نفسه حتى يصح اقراره بما في يده لغير السيد وان كذبه السيد فيكون الولد الذي في يده حراً الا أن يقيم سيده بينة انه عبده (قوله) واذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو دابة هو مشدود عليها فالكمل له) بلا خلاف (اعتباراً للظاهر) أي في دفع ملك غيره عنه ثم يثبت ملكه في ذلك بقيام يده مع حريته المحكوم بها وقوله (لما ذكرنا) يريد قوله اعتباراً للظاهر (ثم يصرفه الواجد اليه بأمر القاضي لانه مال ضائع) أي لا حاقط له ومالكه وان كان معه فلا قدرة له على الحفظ (وللقاضي ولاية صرف مثله اليه) وكذا لغير الواجد بأمره والقول قوله

وأما اذا كان النزاع بين الملتقط والخارج فالترجح باليد لقوتها فان الملتقط اذا كان ذمياً فهو أولى من المسلم الخارج (واذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو على دابة هو عليها فهو له) وكذا الدابة (اعتباراً للظاهر) لان اللقيط لما كان في دار الاسلام كان حراماً من أهل الملك فما كان معه فهو له ظاهراً لعدم اليد الثابتة عليه كالقبض الذي عليه فان قيل الظاهر يكفي لدفع الاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر حجة مثبتة وليس كذلك أجيب بأن هذا الظاهر يدفع دعوى الغير (قوله) ثم يصرفه الواجد اليه) ظاهراً

(قوله) لان الاول لا يستلزمه) أقول اذا لم يستلزمه فكيف تضمنه

وقبل بصرفه بغير أمر القاضى لانه القبط ظاهرا (وله ولاية الانفاق وشرا ما لا بد منه) كالطعام والكسوة لانه من الانفاق (ولا يجوز تزويج الملتقط) لانعدام سبب الولاية من القرابة والمالك والسلطنة قال (ولا تصرفه في مال الملتقط) اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لشمير المال وذلك يتحقق بالرأى الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما أحدهما قال (ويجوز أن يقبض له الهبة) لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وملكه الام ووصيها قال (وبسمله في صناعة) لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال (ويؤجره) قال العبد الضعيف وهذرواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤجره كره في الكراهية وهو الأصح وجه الأول انه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فأنشبه الم بخلاف الام لانها تملكه على ما ذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى

في نفقة مثله (وقبل له صرفه عليه بغير أمر القاضى) أيضا (لانه القبط) كما حكمنا به (وللواحد الانفاق عليه وشرا ما لا بد منه من الطعام والكسوة لانه من الانفاق) وشرا ما لا بد منه عطف على ولاية من قوله وله ولاية الانفاق أى للواحد ولاية الانفاق وله شرا ما لا بد للقبط من نفسه وبهذا قال أحد (ولا يجوز للملتقط تزويج القبط) والقبطة (لانعدام سبب ولاية النكاح من القرابة والمالك والسلطنة) وهذا بخلاف (ولا تصرفه في ماله يبيع) ولا شرا منى يستحق الثمن ديناً عليه لان الذى اليه ليس الا الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك (اعتبارا بالام) فانها لا يجوز لها ذلك مع أنها تملك من التصرفات ما لا يملكه الملتقط كالتزويج عند عدم العصبية فعدم ملكه لذلك أولى (وهذا) أى عدم تصرف كل من الأم والمملتقط بالبيع ونحوه (لان ولاية التصرف انما هو لشمير المال وذلك) انما يتحقق بالرأى الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل منهما أحدهما (لان في الأم شفقة كاملة مع قصور في الرأى وفي الملتقط رأى كامل مع قصور شفقة لعدم القرابة وتطير ما ذكر المصنف هنا ما قدمه في ثبوت الخيار للصغيرة اذا بلغت وقد زوجهما غير الأب والجد من كتاب النكاح (قوله ويجوز أن يقبض) أى الملتقط (للقبط الهبة) والصدقة عليه (لانه نفع محقق ولذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وملكه الأم ووصيها قال) القدوري (وبسمله في صناعة لانه من باب التثقيف وحفظ حاله) عن الشنات وصيانه عن الفساد ثم قال (القدوري) (ويؤجره) لانه من التثقيف يعنى التكوين (وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤجره كره في الكراهية) قال المصنف (وهو الأصح) لانه لا يملك اتلاف منافعه فلا يملك تملكها (فأنشبه الم بخلاف الأم لانها تملك اتلاف منافعه) بالاستخدام والاعارة بلا عوض فبالعوض بالاجارة أولى (وفروع) ادعاء الملتقط عبدا له بعد ما عرفه بالنقاط لا يصدق الابينة كالمخرج ولو ادعاه ذمى وأقام بينة من أهل الذمة أنه ابنه لا عبده فيها لأن نسبه ثبت بمجرد دعواه وأثر هذه البينة في كونه كافرا ولا يثبت بذلك ولو وجدته مسلم وكافر فتنازع في كونه عند أحد ما قضى به للمسلم لانه محكوم له بالاسلام فكان المسلم أولى بحفظه ولانه يعلم أحكام الاسلام بخلاف الكافر واذ بلغ القبط فأقر أنه عبد فلان وفلان يدعيه ان كان قبل أن يقضى عليه بما لا يقضى به الاعلى الاحرار كالحذ الكامل ونحوه صح اقراره وصار عبدا لانه غير منهم فيه وان كان بعد القضاء بنحو ذلك لا يقبل ولا يصير به عبدا لان فيه ابطال حكم الحاكم ولانه مكذب شرعا في ذلك فهو كالكاذب الذى أقر له بالرق ولو كانت القبطة امرأة فأقرت بالرق بعد ما كبرت ان كان بعد التزويج صح وكانت أمة للفرقة ولا تصدق في ابطال النكاح لان الرق لا ينافى النكاح ابتداء ولا بقاء فليس من ضرورة الحكم برفقها انتفاء النكاح ولو بلغ فتزوج امرأة ثم أقر أنه عبد فلان ولا امرأته عليه صدق وصدقها لازم عليه لا يصدق في ابطاله لانه دين ظهر وجوبه فهو منهم في اقراره هذا وكذا اذا استدان ديناً أو بايع انساناً أو كفل كقالة

وقوله (والموجود في كل واحد منهما) أى من الملتقط والام (أحدهما) لان للملتقط رأيا كاملا ولا شفقة له وللام شفقة كاملة ولا رأى لها (قوله لانه من باب تثقيفه) التثقيف تقويم المعوج بالتفان وهو ما يسوى به الرماح ويستعار للتأديب والتهديب (قوله بخلاف الام لانها تملك أى تملك اتلاف منافعه فانها تملك استخدام ولها وادارته والله أعلم

قال المصنف (ويؤجره) أقول بالنصب عطف على قوله ان يقبض

﴿ كتاب القطة ﴾

اللقيط واللقطة متقاربان لفظاً ومعنى وخص اللقيط ببني آدم واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما وقد قدم الأول لشرف بني آدم على اللقطة وهي الشيء الذي يجده ملقى فيأخذه أمانة (إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها بحفظها ويردها على صاحبها) لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً بل هو الأفضل عند عامة العلماء رحمهم الله (قوله بل هو الأفضل عند عامة العلماء) احتراز عن قول من يقول أنه أخذ مال الغير بغير إذن صاحبه وذلك حرام شرعاً وعن قول من يقول أخذه جائز وتركه أفضل (٤٣٣) لأن صاحبها إنما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فإنا تركها

وجدناها صاحبها في ذلك الموضع (قوله وهو الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا) والحاصل أن اللقطة عند عامة العلماء على نوعين ما يكون أخذه واجباً وهو ما إذا خاف الضياع واستدل على ذلك بقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض وإذا كان ولياً وجب عليه حفظ ماله وبأن حرمة مال المسلم كحرمة ماله فإذا خاف على ماله الضياع وجب حفظه فكذلك إذا خاف على مال غيره وما لا يكون أخذه واجباً وهو ما إذا لم يخف الضياع فقبل رفعه مندوب إليه لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولأنه لو تركها لا يؤمن أن يصل إليها خائفة فتتمنعها عن مالها وقيل تركه أفضل لما ذكرنا أن صاحبها إنما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه والأول ظاهر المذهب (وإذا كان كذلك) أي إذا كان أخذه مأذوناً فيه شرعاً

﴿ كتاب القطة ﴾

﴿ كتاب القطة ﴾

قال (اللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها بحفظها ويردها على صاحبها) لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً بل هو الأفضل عند عامة العلماء وهو الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا وإذا كان كذلك

أو وهب أو تصدق وسلم أو دبر أو كاتب أو أعتق ثم أقر أنه عبد لفلان لا يصدق في إبطال شيء من ذلك لأنه منهم وتقدم أن ميراثه لبيت المال فلاؤه وإلى رجل لا بعد ما أدرك الملتقط أو غيره فإن كان قبل أن يتأكد ولاؤه لبيت المال بأن جنى جناية وعقله بيت المال فلا يصح ولا ينتقل ميراثه عن بيت المال وإن كان قبل ذلك جاز لأن ولاؤه لم يتأكد كدليل بيت المال أنه أن يوالى من شاء وصار كالذي أسلم من أهل الحرب أنه أن يوالى من شاء إلا أن يجنى فيعقله بيت المال

﴿ كتاب القطة ﴾

هي فعلة بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولززة ولغنة وضحكة لكثير الهمز وغيره وبكونها للفعول كضحكة وهزأة للذي يضحك منه ويهزأ به وانما قيل للمال لقطة بالفتح لأن طباع النفوس في الغالب تبادر إلى التقاطه لأنه مال فصار المال باعتبار أنه دأع إلى أخذه بمعنى فيه نفسه كأنه الكثير الالتقاط مجازاً ولا حقيقة منه الملتقط الكثير الالتقاط وما عن الأصمعي وابن الأعرابي أنه بفتح القاف اسم للمال أيضاً فمحمول على هذا به في يطلق على المال أيضاً ثم اختلف في صفة رفعها فنقل عن المتقشفة أنه لا يحل له لأنه مال الغير فلا يضع يده عليه بغير إذنه وبعض التابعين ربه قال أحديهم يحل والترك أفضل أما الحل فلا نه صلى الله عليه وسلم لم ينه عن ذلك ولا أنكر على من فعله بل أمره بتعريفها على ما سئذ كر وأسند أمحق بن راهويه عنه صلى الله عليه وسلم من أصاب لقطة فليشبه هذا عدل وأما فضلية الترك فلا أن صاحبها يطلبها في المكان الذي فقد هافيه ولو لم يترك خصوص المكان فإذا تركها كل أحد فالظاهر أن يجدها صاحبها لأنه لا بد عادة أن يمر في ذلك المكان مرة أخرى في عمره ولأن الظاهر أن سقوطها في أثناء الطرفات التي يمر بها أو يجلس في عادة أمره وعامة الفقهاء على أنه إليه وفيه الطحاوي وغيره عما إذا كان يأمن على نفسه فإن كان لا يأمن بتركها ولا أنه يجوز أن تصل بدخائنه إليها فإن غلب على ظنه ذلك أن لم يأخذها ففي الحلاصة يفترض الرفع ولو رفعها ثم بداله أن يضعها مكانها ففي ظاهر الرواية لا ضمان عليه وسئذ كره (قوله واللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها بحفظها ويردها على صاحبها) لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً بل هو الأفضل وظاهر المبسوط اشتراط عدلين إلى آخره (وإذا كان كذلك) يعني إذا كان أشهد أو إذا كان أمانة بأن أشهد

(قوله واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما) أقول فيه أنه إذا عكس يوجد التمييز إضافة لا يدل ما ذكره على التخصيص المطلوب والأولى ما في غاية البيان أن فعلة يدل على معنى الفاعل كالهزأة واللززة والضحكة بفتح الحاء والمال المنبذ كأنه يلقط نفسه لكثرة رغبات الناس فيه وميلان الطباع إليه فسمي لقطة على الأسناد المجازي وفي المنبذ من بني آدم إباء في القلوب عن قبوله للزوم نفقته ومؤنته فسمي لقيطاً أي ملقوفاً على سبيل التفاؤل وإرادة الصلاح في حاله كما سمي اللدبغ سليماً والمهلكة مفارقة انتهى (قوله واللقطة وهي الشيء الذي يجده ملقى فيأخذه أمانة) أقول كذا صح في المغرب ثم قوله اللقطة مبتدأ وقوله أمانة خبره

(لا تكون مضمونة عليه) كذا في بعض الشروح وهو لا يناسب قوله وكذا اذا تصادقا والظاهر ان معناه واذا شهد الملتقط انه ياخذها الخ لا تكون مضمونة عليه لانه لم ياخذ لنفسه ويجوز ان يكون معناه واذا كانت امانة لا تكون مضمونة عليه وكذا اذا تصادق الملتقط والمالك انه اخذها للمالك لان تصادقهما في حقهما ما وصار كما اذا اقام الملتقط البينة انه اخذها ليوصلها الى المالك (ولو اقر) الملتقط (انه اخذها لنفسه بضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال لا اخذ اخذتها للمالك وكذبه المالك بضمن عند أبي حنيفة (٤٣٤) ومحمد وقال أبو يوسف لا بضمن والقول قوله) اما عدم الضمان فلا ن

لا تكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا انه اخذها للمالك لان تصادقهما في حقهما فصار كالبينة ولو اقر انه اخذها لنفسه بضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال لا اخذ اخذته للمالك وكذبه المالك بضمن عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا بضمن والقول قوله لان الظاهر شاهده لا اختياره الحسبة دون المعصية وله ما قبل له شرعا والذي يحمل له شرعا لا يحمل الاخذ للرد لان نفسه فيحمل مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الاشهاد منه واما ان القول قوله فلا ن صاحبها يدعي عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو منكر والقول قول المنكر مع عينه كالموادي عليه الغصب وقوله (وله ما انه اقر بسبب الضمان) ظاهر قبل هذا الاختلاف في الاشهاد فيما اذا أمكنه ان يشهدا ما اذا لم يجسد احدا يشهده عند الرفع أو خاف انه لو شهد عند الرفع أن ياخذ منه الظالم فترك الاشهاد لا يكون ضامنا بالاتفاق وان وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزه ضمن لانه ترك الاشهاد مع القدرة عليه وقوله (ويكنى في الاشهاد أن يقول) ظاهر

الظاهر شاهده لا اختياره الحسبة دون المعصية وله ما قبل له شرعا والذي يحمل له شرعا لا يحمل الاخذ للرد لان نفسه فيحمل مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الاشهاد منه واما ان القول قوله فلا ن صاحبها يدعي عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو منكر والقول قول المنكر مع عينه كالموادي عليه الغصب وقوله (وله ما انه اقر بسبب الضمان) ظاهر قبل هذا الاختلاف في الاشهاد فيما اذا أمكنه ان يشهدا ما اذا لم يجسد احدا يشهده عند الرفع أو خاف انه لو شهد عند الرفع أن ياخذ منه الظالم فترك الاشهاد لا يكون ضامنا بالاتفاق وان وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزه ضمن لانه ترك الاشهاد مع القدرة عليه وقوله (ويكنى في الاشهاد أن يقول) ظاهر

(لا تكون مضمونة عليه) فلو لم يكت بغير منع منه لا ضمان عليه وكذا اذا صدقه المالك في قوله انه اخذها ليردها وصار تصادقهما كبينته على انه اخذها ليردها (ولو اقر انه اخذها لنفسه ضمنها بالاجماع وان لم يشهد وقال اخذتها للرد للمالك وكذبه المالك بضمن عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا بضمن) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وفي شرح الاقطع ذكر محمد مع أبي يوسف (والقول له) مع عينه انه اخذها ليردها (لان الظاهر شاهده) اذا الظاهر من حال المسلم (اختياره الحسبة لا المعصية) ولان الاخذ ما دون فيه شرعا بقيد كونه للمالك فاذا اخذ ان لم يكن الظاهر انه اخذ للمالك فأقل ما في الباب أن يكون مشكوكا في انه اخذ له أو لنفسه فلا بضمن بالشك (وله ما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لملكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر أبو يوسف من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر كون المتصرف عاملا لنفسه) فان قال كون اخذ المال سببا للضمان اذا لم يكن باذن الشرع فاما بانه ممنوع واذا لم يثبت أن هذا الاخذ سبب للضمان لم يقع الشك في البراءة بعد ثبوت سبب الضمان حتى ينفع ما ذكرتم فالجواب أن اذن الشرع مقيد بالاشهاد عند الامكان على ما ذكرنا انفا من رواية اسحق من أصاب لقطة فليشهد اذا عدل وهذا الاختلاف فيما اذا أمكنه الاشهاد واذا لم يمكنه عند الرفع أو خاف انه ان شهد اخذها منه ظالم فترك الاشهاد فلهذا قال بضم بالاجماع والقول قوله مع عينه كوني معني من الاشهاد كذا (قال ويكفيه في الاشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد ضالة قد لوه على) أو عندى ضالة أو شئ فن سمعتموه الى آخره فاذا جاء صاحبها يطلبها فقال هلكت لا بضمن ولا فرق بين كون اللقطة (واحدة أو أكثر لانه) أي اللقطة بنا ويل الملتقط (اسم جنس) ولا يجب أن يعين ذهباً أو فضة خصوصاً في هذا الزمان قال الخواص أدنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند اخذ ويقول اخذتها لا ردها فان فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفي بفعل التعريف اشهادا وقول المصنف يكفيه من الاشهاد أن يقول الى آخره بقيد مثله فافتضى هذا الكلام أن يكون الاشهاد الذي أمر به في الحديث هو التعريف وقوله عليه الصلاة والسلام من أصاب ضالة فليشهد بمعناه فليعرفها ويكون قوله اذا عدل ليفيد عند جحد المالك التعريف أي الاشهاد فانه اذا استشهد ثم عرق بحضرته لا يقبل ما لم يكن عدلا

(قوله كذا في بعض الشروح) أقول يعني في شرح الاتفاق

(قوله وهو لا يناسب قوله وكذا اذا تصادقا الخ) أقول انما لا يكون مناسباً أن لو كان قوله وكذا اذا تصادقا عطفاً على قوله والا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة وليس ذلك بلازم فانه يجوز أن يكون عطفاً عن قوله اذا أشهد الخ (قوله ويجوز أن يكون معناه الخ) أقول وعندى هذا أظهر مما ذكره قبله فعلى هذا يكون معنى قوله وكذا اذا تصادقا وكذا ان تكون اللقطة امانة اذا تصادقا وبوجد التناسب والسلاو لم يكونه عطفاً على قوله اللقطة امانة الخ وعلى الوجه الذي ذكره قبله يكون المعنى وكذا ان تكون مضمونة عليه اذا تصادقا وفيه فرع تأمل (قوله قبل هذا الاختلاف في الاشهاد الخ) أقول أي في وقت انتفاء الاشهاد ففيه حذف مضافين

(وقوله وهذه رواية عن أبي حنيفة) يشير إلى أنه ليست ظاهر الرواية فإن الطحاوي رحمه الله قال وإذا التقط لقطة فإنه يعرفها سنة سواء كان الشيء نفيساً أو خسيساً في ظاهر الرواية وقوله كانت مائة دينار تساوي ألف درهم) يريد ما روى البخاري رحمه الله في الصحيح مسنداً إلى أبي ابن كعب رضي الله عنه قال أخذت صرة مائة دينار فأنتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولاً فعرفتها فلم أجد من يعرفها ثم أتيت ثانياً فقال عرفها حولاً فعرفتها فلم أجد ثم أتيت ثالثاً فقال احفظ وعاءها ووكاءها وعددها فإن جاء صاحبها أو الأفاستمتع بها وفيه نظر لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب وأقول هذا الحديث يدل على أن التعريف يكون حولين وليس ذلك بشرط بالاجماع فيكون ساقط الدلالة على المراد

(قوله لأن العبرة بعموم اللفظ الخ) أقول فإن النكرة إذا وقعت في سياق الشرط نعم على ما صرحوا به وشيأ في الحديث المروي كذلك (قوله) وأقول هذا الحديث الخ أقول فيه بحث أذ يجوز أن يقال للحديث دلالة على ما مر مثله في السير

قال (فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها حولاً) قال العبد الضعيف وهذه رواية عن أبي حنيفة وقوله أياماً معناه على حسب ما يرى وقدره محمد في الأصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيئاً فليعرفه سنة من غير فصل وجه الأول أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الألف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول احتياطاً ومادون العشرة ليس في معنى الألف بوجه ما ففوضنا إلى رأي المبتلي به

والأفتعريف لا يقتصر على ما يحضرة العدول وعلى هذا خلافة أبي يوسف فيما إذا لم يعرفها أصلاً حتى ادعى ضايعها وادعى أنها كانت عنده أو أخرجها كذلك وقوله ما إن اذن الشرع مفيد بالشهاد أي بالتعريف فإذا لم يعرفها فقد ترك ما أمر به شرعاً في الأخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن أنه أخذها بنفسه وعلى هذا لا يلزم الأشهاد أي التعريف وقت الأخذ بل لا بد منه قبل هلاكها ليعرف به أنه أخذها بالبردها لأنفسه وحينئذ قد ذكر في ظاهر الرواية من أنه إذا أخذها ثم ردها إلى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه ردها في مكانها أو بعد ما ذهب ثم رجع ظاهر لان بالرد ظهر أنه لم يأخذها لنفسه وبه يتقضى الضمان عنه وقيد به بعض المشايخ بما إذا لم يذهب بها فإن ذهب بها ثم أعادها ضمن وبعضهم ضمنه ذهبها أولاً والوجه ظاهر المذهب وما ذكرنا لا ينفي وجه التضمن بكونه مضياً عاماً لا غير بطرحه بعد ما لم يحفظه بالأخذ (قوله فإن كانت) اللقطة (أقل من عشرة عرفها أياماً) وفسرها المصنف بحسب ما يرى من الأيام من غير تفصيل وذلك أنه روى عن أبي حنيفة أن كانت مائتين فصاعداً عرفها حولاً وإن كانت أقل من مائتين إلى عشرة عرفها شهراً وإن كانت أقل من عشرة عرفها على حسب ما يرى وفي رواية أخرى قال فيما دون العشرة إن كانت ثلاثة فصاعداً يعني إلى العشرة يعرفها عشرة أيام وإن كانت درهماً فصاعداً يعني إلى ثلاثة يعرفها ثلاثة أيام وإن كانت دانقاً فصاعداً يعرفها يوماً وإن كانت دون الدانق ينظر بمنة ويسرة ثم يضعه في كف فقير قال شمس الأئمة شيء من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه إن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وهذا أخذ بالرواية التي ذكرناها قبل هذا وهو جيد وظاهر أنه أعاقدر بذلك التقديرات في القليل لغلبة الظن أن المالك في تلك التقادير لا يطلبها بعد تلك المدد فكان المعول عليه غلبة ظن تركها وظاهر الرواية وهو ما ذكر محمد في الأصل تقديره بالحول من غير فصل بين قليل وكثير وهو قول مالك والشافعي وأحمد لقوله صلى الله عليه وسلم ما سبذ كرك وكدار روى عن عمر وعلي وابن عباس وجهه ما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيئاً فليعرفه سنة من غير فصل وفيما لفظاً منها ما رواه البراء عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئاً فليعرفه سنة ومعنى لا تحل اللقطة أي لا يحل للقطعة تملكها وهذا لا يتعرض للالتقاط نفسه وفي الصحيحين عن زيد بن خالد الجهني سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال عرفها سنة ثم أعرف عفاصها ووكاءها ثم استنفقها فإن جاء صاحبها فأدها إليه وجه الأول أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم والعشرة فما فوقها في معنى الألف شرعاً في تعلق القطع بسرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول الحسافاً لها بما فيه الزكاة من المائتين فما فوقها احتياطاً (ومادون العشرة ليس في معنى الألف شرعاً بوجه ما ففوضنا) التعريف فيها (إلى رأي المبتلي به) والمراد بقوله كانت مائة دينار ما في الصحيحين واللفظ للبخاري عن أبي بن كعب قال أخذت صرة مائة دينار

(أو قوله وقيل الصحيح أن شيأ من هذه المقادير) إشارة إلى ما اختاره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وقوله (كانوا وقشور الرمان) يعني إذا كان في مواضع مختلفة فجمعها وصار بحكم الكثرة لها قيمة فله يجوز له الانتفاع بها لأن القيمة ظهرت بالاجتماع والاجتماع حصل بصنع مول كنه لا يملكها حتى أن صاحبها إذا وجدها في يده بعد ما جمعها جاز أن يأخذها لأن الاتقاء متفرق دليل على الأذن لأعلى التملك لأن التملك من المجهول لا يصح (٤٣٦) ذكره في المحيط فأما إذا كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لأن

صاحبها لاجعها وظاهر
أنهما التقاها

(قال المصنف وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم وبفوض الى رأى الملتقط يعرفها الى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها) أقول قال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه قال أبي بن كعب رضى الله تعالى عنه وجدت مائة دينار فأخبرت النبي عليه الصلاة والسلام قال عرفها سنة فعرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته فقال عليه الصلاة والسلام عرفها سنة أخرى فعرفتها ثم أخبرته فقال عرفها سنة أخرى ثم قال بعد ثلاث سنين اعرف عددها ووكاءها واخلطها بمالك فان جاء صاحبها فادفعها اليه والافانفع بها فان رزق ساقها الله اليك انتهى ثم قال وفي الحديث الذى رواه أبى بن كعب رضى الله تعالى عنه دليل لما قلنا ان التقدير بالحول فى التعريف ليس بلازم ولكنه يعرفها بحسب ما يطلبها صاحبها الا يرى أن المائة الدنانير لما كان مالا

وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس باللازم ويفوض الى رأى الملتقط يعرفها الى أن يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عتقه حتى اذا خاف أن يفسد تصدقه وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها وفي الجامع فان ذلك أقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه باحة حتى جازا لا تتفاع به من غير تعريف ولكنه مبقى على مال الكساة لان التملك من المجهول لا يصح

[illegible]

عظيما كيف أمر رسول الله عليه الصلاة والسلام بأن يعرفها ثلاث سنين انتهى فيفهم منه أن اللافظ يعرفها بأخذه
أكثر من حول عند شمس الاثنية بحسب ظنه وفي المحيط البرهاني والفقهاء أبي جعفر كان يقول اذا بلغ ما لا عظيما بان كان كبس فيه ألف
درهم أو مائة دينار يعرف ثلاثة أحوال وكان القاضي الامام أبو علي النسفي يحكي عن الشيخ الامام أنه كان يروى عن محمد أنه يعرف
اللقطة ثلاث سنين قل أوكثر (قوله فانظروا له ما القاها) أقول بل سقطت منه .

(قوله فان جاء صاحبها والاتصدق بها) يعني ان جاء صاحبها بعد التعريف دفعها اليه ايصالا عين حقه المستحق الدفع اليه كافي ببيع الفضولي (والا) أي وان لم يجز فهو بالخيار (ان شاء) تصديقها ايصالا لعوض المستحق وهو الثواب على اعتبار اجازته التصديق بها على مستحقه (وان شاء أمسكها رجا) للتفريق بصاحبها فان جاء صاحبها بعد ما تصديقها الملتقط باذن الخا كم فهو بالخيار ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لان التصديق ان حصل باذن الشرع (٤٢٧) لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته فان

قبل التوقف على الاجازة يقتضي قيام المحل عندها كافي ببيع الفضولي وليس لازم حتى لو أجاز المالك بعدها ككها صحت الاجازة وأجاب بأن الملك يثبت للفقير قبل الاجازة لان الملتقط لما كان مأذونا في التصديق شرعا ملك الفقير بنفسه الاخذ لان التصديق من اسباب الملك فلم يتوقف ثبوت الملك على وجود المحل عند الاجازة فان قيل لو ثبت الملك للفقير قبل الاجازة لما ثبت للمالك حق الاخذ اذا كان قائما في يد الفقير أجيب بأن ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب ملك الرجوع بعد ثبوت الملك للوهوب له وكالمتردد اذا عاد من دار الحرب مسلما بعد ما قسمت أمواله بين ورثته فانه يأخذ ما وجدته قائما بعد ثبوت الملك لهم بخلاف بيع الفضولي فان الملك فيه للمشتري انما يثبت بعد اجازة المالك بيعه فلا بد من قيام المحل

قال (فان جاء صاحبها والاتصدق بها) ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند التفريق بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازة التصديق بها وان شاء أمسكها رجا التفريق بصاحبها قال (فان جاء صاحبها) يعني بعد ما تصديقها (فهو بالخيار ان شاء أمضى الصدقة) وله ثوابها لان التصديق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة فيه (وان شاء ضمن الملتقط) لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للبعد كافي تناول مال الغير حالة الخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه

بأخذه (قوله فان جاء صاحبها أخذها والاتصدق بها) أو كلاهما ان كان فقيرا أو اسحق رخصها باذن الامام ويملكها ان شاء وان شاء أمسكها أبا حتى يجي صاحبها واذا خشي الموت يوصي بها كي لا تدخل في الموارث ثم الورثة أيضا يعرفونها ومقتضى النظر أنهم لو لم يعرفوها حتى هلكت وجاء صاحبها أن يضمنوا لانهم وضعوا أيديهم على لقطة ولم يشهدوا أي لم يعرفوا ويطلب على الظن بذلك أن قصدهم تعميها عن صاحبها ويجري فيه خلاف أبي يوسف وسبأ في الخلاف في ذلك في آخر الباب فان جاء صاحبها (بعد التصديق فهو) بأحد خيارات ثلاث (ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لان التصديق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه) أي باذن المالك وحصول الثواب للانسان يكون بفعل مختاره ولم يوجد ذلك قبل حقوق الاذن والرضا قبل الاجازة والرضا يصير كانه فعل بنفسه لرضاه بذلك فان قيل كيف تلحقه الاجازة وهي تتوقف على قيام المحل وقد يكون مجيء المالك بعد استهلاك الفقير لها أجاب بأن ذلك فيما يتوقف فيه الملك على الاجازة كما في بيع الفضولي أما هنا فالملك يثبت قبل ذلك شرعا لان الامر بالتصدق عند عدم ظهور المالك بعد التعريف لا يفيد مقصوده دون ملك المتصدق عليه واذا ثبت الملك قبلها ومعلوم أنه مطلق للتصرف وحال الفقير يقتضي سرعة استهلاكها ثبت عدم توقف اعتبارها على قيام المحل بعد ثبوت اعتبارها بعد الاستهلاك شرعا اجماعا حتى ينتقل اليه الثواب (وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه) فان قلت لكنه باذن الشرع واباحه منه قلنا الثابت من الشارع اذنه في التصديق لا ايجابه (وهذا) القدر (لا ينافي) وجوب الضمان (حقا للبعد كافي) اذنه (في تناول مال الغير عند الخمصة) والروى في الطريق مع ثبوت الضمان فاذا اجاز ان يثبت اذنه مقيدا به كما ذكرنا وجب أن يثبت كذلك لان الاصل ثبوت ضمان مال العبد على المتصرف فيه بغير اذنه (وان شاء ضمن المسكين) اذا كان المدفوع اليه (هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه) فان قلت اذا قبضها الفقير ثبت ملكه فيها باذن الشرع فكيف يسترجعها أجيب بأنه لا مانع من ثبوت المالك باذن الشرع مع ثبوت حق الاسترداد كافي الهبة والمتردد الرجوع من دار الحرب مسلما بعد أخذ الورثة ماله بعد الحكم

لأن لازم عليك العين المعدومة وكما يشترط قيام المحل يشترط قيام البائع والمشتري والمالك أيضا وسيجيء مقامه في البيوع ان شاء الله تعالى وان شاء ضمن الملتقط وهو ظاهر فان قيل كيف يصح تضمينه وقد تصديق بها باذن الشرع أجاب بقوله (الا أنه باباحة من جهة الشرع) يعني أن الاذن كان اباحه منه لا الزاما ومثل ذلك الاذن يسقط الاثم ولا ينافي الضمان حقا للبعد كافي تناول مال الغير حالة الخمصة (وان شاء ضمن المسكين) لما ذكره في الكتاب وهو واضح

قال المصنف (فلا يتوقف على قيام المحل) أقول والاظهر عنه - دي ان فاعل لا يتوقف هو الضمير الراجع الى الاجازة

(وان كانت العين قائمة أخذها لانه وجد عين ماله) (٤٢٨) وحاصله أن المالك ان لم يجز الصدقة فلا يخلو إيمان أن تكون

العين قائمة في يد الفقير أو هالكه فان كانت قائمة أخذها وان كانت هالكه فان شاء ضمن الملتقط وان شاء ضمن الفقير وأيهما ضمنه لا يرجع على صاحبه بشئ فان كلاً منهما ضمن بفعله الملتقط بالتسليم بغير إذن المالك والفقير بالتسليم بدونه لا يقال الفقير مغرور من جهة الملتقط فيرجع عليه لان التغرير اذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيئاً وقوله (ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير) ظاهر سوى الفاظ تذكرها وقوله (والاباحة) أي اباحة الاخذ وقوله (واذا كان معها) أي مع اللقطة ما تدفع به عن نفسها بمعنى ما يملكها كالقرن في البقر وزيادة القوة في البعير بكدمه ونفجه وكذلك في الفرس وقوله (فيقضى بالكراهة) أي كراهة الاخذ

(قوله لأن التغرير اذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيئاً) أقول لعل المراد عقد المعاوضة (قوله في البعير بكدمه ونفجه) أقول الكدم العض بأدنى

الضم والنفج بالحام المملة الضرب بالرجل

وان كان قائماً أخذ لانه وجد عين ماله قال (ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير) وقال مالك والشافعي اذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في أخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها ما تدفع عن نفسها بقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى الترك ولنا ان اللقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعرفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة (فان أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع) لقصور ولايته عن ذمة المالك وان أنفق بأمره كان ذلك ديناً على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له وقد يكون النظر في الاتفاق على ما تبين (واذا رفع ذلك الى الحاكم نظريته فان كان للبهيمة منفعة آجرها وأنفق عليها من أجرها) لان فيه ابقاء

بالحق واذا كان كذلك جعل كذلك عند عدم ادته (وان كان قائماً أخذ لانه وجد عين ماله) وما نقل عن القاضي أبي جعفر من أنه انما يرجع على الملتقط اذا تصدق بغير أمر القاضي أما اذا كان بأمره فلا يرجع ردوه بأنه خلاف المذهب فانه لو تصدق القاضي بنفسه كان للمالك أن يضمه اذا جاء فضلاً عن الملتقط المتصدق بأمره وهذا لان القاضي ناظر للغيب في أموالهم حفظها لا اتلافها فلا ينفذ من اتلافه الا ما لزمه شرعاً القيام به والتصدق ليس كذلك (قوله ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي) وأحمد (اذا وجد البقر والبعير في الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الفرس) لهم (أن الاصل في أخذ مال الغير الحرمة والاباحة الالتقاط مخافة الضياع واذا كان معها ما تدفع عن نفسها به) كالقرن مع القوة في البقر والفرس مع الكدم وزيادة القوة في البعير والفرس (يقول) ظن (الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة في الاخذ والندب الى الترك) هذا ولكن كلامهم يقتضي أن الخلاف في جواز الاخذ وحده وهو الظاهر (ولنا أن اللقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعرفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة) لكن هذا قياس معارض بما روي أصحاب الكتب الستة كلهم عن يزيد مولى المنبث عن زيد بن خالد الجهني قال جاء رجل يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف عقاصها ووكاهها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والافسانك بها قلت فضالة الغنم قال هي لك أو لا خيلك أو للذئب وفي الصحيح قال خذها فانما هي لك أو لا خيلك أو للذئب قال فضالة الابل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر فذرهما حتى يجدها رجا وروي أبو داود عن جرير بن عبد الله أنه امر بطرد بقرة لحقت ببقرة حتى توارت فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يؤوى الضالة الاضال وقال صلى الله عليه وسلم ان ضالة المسلم حرق النار رواه الجماعة أجاب في المبسوط بأن ذلك كان اذذاك لغلبة أهل الضلال والامانة لاتصل اليها يد خائفة فاذا تركها وجدها أو ما في زماننا فلا يأمن وصول يد خائفة اليها بعدد في أخذها لاجاؤها وحفظها على صاحبها فهو أولى ومقتضاء أنه ان غلب على ظنه ذلك أن يجب الالتقاط وهذا الحق فانا نقطع بأن مقصود الشارع وصولها الى رجا وان ذلك طريق الوصول فاذا تغير الزمان وصار طريق التلف يحكمه عنده بلا شك خلافه وهو الالتقاط للحفظ والرد وأقصى ما فيه أن يكون عاماً في الاوقات خسر منها بعض الاوقات بضرورة العقل من الدين لولم يتأيد بحديث عن عياض بن جاد أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الضالة فقال عرفها فان جاء رجاها والا فهي مال الله يؤتية من يشاء فأيده زيادة بعد تمام الوجه (قوله فان أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك) أي عن ان يشغلها بالدين بلا أمره (وان أنفق بأمره كان ديناً عليه لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له وقد يكون النظر في الاتفاق على ما تبين) الآن فاذا رفع الى الحاكم فان كان للبهيمة منفعة) ونم من يستأجرها (آجرها وأنفق عليها من أجرها لان فيه ابقاء

وقوله (وفي هذا نظر من الجانبين) أي من جانب المالك بإبقاء عين ماله ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما أنفق على القطة وقوله (فإذا لم يظهر بأمره يبيعها) قبل فإذا أمر ببيعها فبيعت أعطى القاضي من ذلك الثمن ما أنفق بأمره في اليومين والثلاثة لأن الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب عليه وهو معلوم للقاضي فبيعه على أخذ حقه لأن الغرم إذا طفر بجنس حقه كان له أن يأخذه فكان للقاضي أن يعينه على ذلك وقوله (وفي الأصل شرط إقامة البينة) يعني أن الملتقط يقيم البينة على أن هذه الدابة لقطة عنده فإن قبل البينة انما تقام على المدعى عليه المنكر وليس بوجودها أجاب بقوله (وليس تقام للقضاء) (٤٣٩) أي هذه البينة تقام لاستكشاف

الحال بأنه لقطة للقضاء على المدعى عليه وقوله (وان قال لا ينقل) أي الملتقط قال لا ينقل على أنها لقطة عندي ولكنها لقطة بقول القاضي للملتقط أنفق عليها ان كنت صادقا فمما قلت وانما يقول بهذا التردد حذرا عن لزوم أحد الضررين لأنه لو أمر قطعا تضرر المالك بسقوط الضمان على تقدير الغصب ولولم يأمر تضرر الملتقط على تقدير اللقطة وقد أنفق عليها وقوله (إذا شرط القاضي الرجوع على المالك) منصل بقوله انما يرجع أي انما يرجع الملتقط على المالك إذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه هي الرواية التي ذكرناها في مسائل القبط بقوله والأصح أن يأمر القاضي الملتقط بالاتفاق على أن يكون ديناً على القبط فحينئذ يرجع على القبط والأقلا فهذا احتراز عن قول بعض أصحابنا إن مجرد أمر القاضي بالاتفاق عليه يكفي للرجوع

(قال المصنف وكذا يفعل

العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد لا يبق (وان لم تكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها بأمره يحفظ عنها) إبقاؤه معنى عند تعذر إبقائه صورة (وان كان الأصل الاتفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة ديناً على مالكها) لأنه نصب ناظراً وفي هذا نظر من الجانبين فالوا انما يأمر بالاتفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها فإذا لم يظهر بأمره يبيعها لان دارة النفقة مستأنسة فلا تظر في الاتفاق مدة مديدة قال رضي الله تعالى عنه وفي الأصل شرط إقامة البينة وهو الصحيح لأنه يحتمل أن يكون غصباً في يده فلا يأمر فيه بالاتفاق وانما يأمر به في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليس البينة تقام للقضاء وان قال لا ينقل على يقول القاضي له أنفق عليه ان كنت صادقا فمما قلت حتى ترجع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة ديناً على صاحبها إشارة إلى أنه انما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم تبع اللقطة إذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية وهو الأصل

العين على ملك مالكها بالزام الدين عليه وكذا يفعل بالعبد لا يبق (وان لم تكن لها منفعة) أول مجده منه من يستأجرها (وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها بأمره يحفظ عنها إبقاؤه معنى عند تعذر إبقائه صورة) فان الثمن يقوم مقام العين اذ يصل به إلى مثله في الجملة (وان كان الأصل الاتفاق عليها اذن) له (في ذلك وجعل النفقة ديناً عليه) اذ (فيه نظر من الجانبين) جانب المالك بإبقاء عين ماله وجانب الملتقط بالرجوع (قال المشايخ انما يأمر بالاتفاق يومين أو ثلاثة على قدر ما يرى أن يظهر مالكها فإذا لم يظهر بأمره يبيعها لان دارة النفقة مستأنسة للعين معنى بل ربما تذهب العين وفضل الدين على مالكها ولا تظر في ذلك أصلاً بل ينبغي ان لا ينفذ من القاضي ذلك لو أمر به لتبين بعدم النظر وإذا باعها أعطى الملتقط من غناها ما أنفق في اليومين أو الثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين عليه يعلم القاضي وصاحب الدين إذا طفر بجنس حقه كان له أن يأخذه والقاضي أن يعينه عليه ولو باعها بغير أمر القاضي لا ينفذ ويتوقف على اجازة المالك فان جاءه وهي قاعة في يد المشتري فان شاء أجاز البيع وان شاء أبطله وأخذها من يده وان جاءه وهي هالكة فان شاء ضمن المشتري قيمتها وان شاء ضمن البائع فان ضمن البائع نفذ البيع لأنه ملك اللقطة من حين أخذها وكان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة (وفي الأصل) يعني المبسوط (بشرط البينة) فإنه قال فان كان رفعها إلى القاضي وأقام بينة أنه التقطها أمره أن ينفق وصحة المصنف (لأنه يحتمل أنه غصبها ولا يأمر بالنفقة إلا في الوديعة) وهذه البينة (لكشف الحال) أي لينكشف للقاضي أنه التقطها لا للقضاء فلا يحتاج إلى خصمه ذكره في المبسوط وفي الذخيرة الامام خصم فيها عن صاحبها (وان قال) الملتقط (لا بينة لي بقوله أنفق عليها ان كنت صادقا) وفي الذخيرة يقول له ذلك بين يدي الثقات بأن يقول أمره بالبيع أو الاتفاق ان كان الأمر كما قال (وقوله في الكتاب وجعل النفقة ديناً على صاحبها) إشارة إلى أنه انما يرجع (إذا شرط القاضي) ذلك (وهذا رواية وهو الأصل) وقيل يرجع بمجرد أمره وقد مر في القبط

بالعبد الخ) أقول قال الاتفاق أي يؤجر الأبق ويحقق عليه من أجرته قال في خلاصة الفتاوى لو احتاجت اللقطة إلى النفقة ينفق بأمر القاضي والأولى ان يأمره القاضي بأن يؤجر البعير والثور فينفق عليه من غلته ثم قال والأقلا لا يؤجر فان تطاوت المدة فالأولى أن يبيعه انتهى وعلاه في المحيط بأنه لا بأس أن يابى ثانياً (قال المصنف فلا بد من البينة لكشف الحال الخ) أقول فاندفع به ما يقال البينة لا تقبل من غير خصم حاضر فان اشترط الخصم في البينة بقاء للقضاء لا فيما يقام لكشف الحال (قوله يقول القاضي للملتقط) أقول يعني عند الثقات

بشديده وقوله (ابقاء ملك المالك)

قال (واذا حضر) يعني (المالك) فلم يلتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة) لانه حتى ينفقته
فصار كأنه استنفاد الملك من جهته فأشبه المبيع وأقرب من ذلك راداً لا بقاء فان له الحبس لاستيفاء الجعل
لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير
بالحبس شبه الرهن قال (ولقطة الحل والحرم سواء) وقال الشافعي يجب التعريف في لقطة الحرم
ألى أن يجيء صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام في الحرم ولا يجعل لقطة الا لمنشد ولنا قوله عليه
الصلاة والسلام اعرف عفاصها ووكاهاتم عترفها سنة من غير فصل ولا انها لقطة وفي التصديق بعدمدة
التعريف ابقاء ملك المالك من وجه فملكه كما في سائر هاتوا وبيل ما روى انه لا يجعل الالتقاط الا للتعريف
والتخصص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه لغرباء ظاهر

(وإذا حضر المالك فلا ملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حتى ينفقته فصار كأنه استفاد المالك منه فأشبهه المبيع وأقرب من ذلك راد الا بيق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا) من التشبيه بالمبيع (ولا يسقط دين النفقة به سلا كما في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس كالرهن) من حيث تعلق حقه به كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من ماله له أن يرجع على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط عن الموكل ولو هلك بعده سقط لانه كالرهن بعد اختيار الحبس هكذا ذكره المصنف ولم يحكم خلافا وحافظ الدين في الكافي أيضا في فهم أنه المذهب وجعل القدر في هذا قول زفر قال في التقريب قال أصحابنا لو اتفق على اللقطة بأمر القاضي وجبها بالنفقة فهدكت لم تسقط النفقة خلافا لفرلانها دين غير بدل عن عين ولا عن عمل منه فيها ولا يتناوها أي العين عـ بدوجب الضمان وصرح في الينابيع بعدم السقوط عن علمائنا الثلاثة فقال لو اتفق الملتقط على اللقطة بأمر الحاكم وجبها بالباخذ ما اتفق عليها فهلك لم تسقط النفقة عند علمائنا الثلاثة خلافا لفرلانها حاصل الوجه المذكور في التقريب نفي الحكم أعني السقوط لعدم دليل السقوط فان الدين ثابت وليست العين الملتقطة رهنا يسقط به سلا كما اذا لم يتناوها بعد الرهن والمصنف أوجب الدليل وهو اللاحق بالرهن وان لم يكن من حقيقته لكن النقل كما رأيت وأما ما نقل عن أبي يوسف أنه ليس له حبسها أصلا فأبلغ (قوله ولقطة الحبل والحرم سواء) وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول وفي قول يعرفها أبا حنيفة يحيى صاحبها لا حكم لها سوى ذلك من تصدق ولا نكح لقوله صلى الله عليه وسلم فيما ثبت في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه لما فتح الله مكة قام النبي صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه وقال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانهم لم يحل لاحد قبلي وانما أحلت لي ساعة من نهار وانما لا تحل لاحد بعدى لا ينفر صيدها ولا يختلي شوكها ولا يتحلى ساقطتها الا لمنشد الحديث المتشد المعرف والناشد الطالب قال المتنب

سبح للنبأ اسماءه * اسأله المنشد للناسد

و يروي ويصيح وهو بعينه فالفعل من الاول أنشد الضالة ينشدها وأنشدها أنشاد إذا عرفت ما من الثاني
نشدتها أنشدها نشدوا ونشد أنا بكسر النون إذا طلبتها (ولنا إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم) في
حديث زيد بن خالد الجهني وغيره وسئل عن اللقطة فقال (اعرف عفاصها) أي بوعاءها من جلد أو خرق
وتخوها (ووكاهها) أي رباطها الذي شدت به وعرفها سنة وتقدم فأما أن يقضى العام على الخاص

فهو المعروف ههنا ويقال هو
عندنا لا يلائم للسبق حيث
أقول معناه على الدوام والا

قول أبي دواد ويصيح أحيانا كما سبج المصل لصوت ناشد واما الطالب لأن المصل يشتهي أن يخدم مضافا مثله ليتعزى به اه في تقرير الشارح قصور لا يخفى وقوله والمعروف لم يبين في الانشاد معنى التعريف قال المصنف (لقوله عليه الصلاة والسلام في الحرم ولا تحمل لقطتها الا لمنشده لم تظهر فائدة التخصيص (قال المصنف لا يحمل الانتقاط الا للتعريف) أقول في الحديث حذف المضاف

وقوله (لهما) أي مالك والشافعي رحمهما الله حاصله أن المنتقط منازع من وجه دون وجه فيمكن في الحقيقة كراوصف ولا يحتاج إلى إقامة البينة (ولنا أن اليد حق مقصود كالمالك) بدليل وجوب الضمان في غصب المدبر باعتبار إزالة اليد لانه غير قابل للنقل ملكا وقوله (وهذا) أي هذا الحديث الأمر فيه وهو قوله فادفعها (الإباحة) أي وجب جله (٤٣١) على الإباحة (لأجل العمل بالمشهور)

وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر فإنه لو لم يحصل على الإباحة وحل على الوجوب لزم التعارض المستلزم للترك ولقائل أن يقول الحبل على الإباحة عملا بالمشهور يستلزم عدم جواز الرفع أيضا لأن انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز والجواب أن الشافعي رحمه الله تعالى لم يقل بانتفاء الجواز لا انتفاء الوجوب والمصنف رحمه الله تعالى ههنا في مقام الرفع فجاز أن يدفعه على طريق يلتزمه الخصم وقوله (بخلاف الكفيل لو ارتث غائب عنده)

(وإذا حضر رجل فادعى القطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة فإن أعطى علامتها حل للنتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك في القضاء) وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى يجبر والعلامة مثل أن يسمى وزن الدراهم وعددها ووكاهها ووعاءها لهم ما أن صاحب اليد ينزعه في اليد ولا ينزعه في المالك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا تشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا أن اليد حق مقصود كالمالك فلا يستحق الإباحة وهو البينة اعتبارا بالملك إلا أنه يحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله عليه الصلاة والسلام فإن جاء صاحبها وعرف عفاها وعددها فادفعها إليه وهذا الإباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي الحديث وبأخذ منه كفيلا إذا كان يدفعها إليه استيثاقا وهذا بخلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لو ارتث غائب عنده

وأما أن يتعارض فيحصل كل على محمل وهو أولى لكن لا تعارض لانه معناه لا يحل الالتقاط إلا لمن يعرف ولا يحل لنفسه وتخصيص مكة حينئذ لدفع وهم سقوط التعريف بها بسبب أن الظاهر أن ما وجد بها من لقطة فالظاهر أنه للغرباء وقد تفرقوا فلا يفيد التعريف فيسقط كما يسقط فيما يظهر إباحته فبين عليه الصلاة والسلام أنها كغيرها من البلاد في وجوب التعريف وقد ثبت في صحيح مسلم أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن اقطة الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجي صاحبها ولا عمل على هذا في هذا الزمان لفشو السرقه بمكة من حوالى الكعبة فضلا عن التروك والاحكام اذا علم شرعيتها باعتبار شرط ثم علم ثبوت ضده متضمنا مفسدة بتقدير شرعيتها معه علم انقطاعها بخلاف العلم بشرعيتها السبب اذا علم انتفاؤه ولا مفسدة في البقاء فإنه لا يلزم ذلك كالمثل والاضطباع في الطواف لاظهار الجلادة (قوله) وإذا حضر رجل فادعى القطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة فإن أعطى علامتها حل للنتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وعند مالك والشافعي (وأجد (يجبر) واعطاء علامتها أن يجبر عن وزنها وعددها ووكاهها ويصيب في ذلك واملق أن قول الشافعي كقولنا والموجب للدفع مالك وأجد واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرج مسلم في حديث أبي بن كعب عرفها فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووكاهها ووعاءها فاعطه إياها والافاستمع به أو أخرجه أيضا عن زيد بن خالد الجهني وفيه فإن جاء صاحبها وعرف عفاها وعددها فادفعها فاعطها إياها والافهس لك وأيضا (فإن صاحب اليد) وهو المنتقط (أنما ينزعه في اليد في المالك) لانه لا يدعيه فكانت منازعته من وجه دون وجه فيشترط ما هو حجة من وجه لا من كل وجه وفي الوصف المطابق ذلك فاكنت في به (ولا يشترط البينة لعدم منازعته) من الوجهين جميعا (ولنا أن اليد حق مقصود كالمالك) حتى أن غاصب المدبر يضمن قيمته ولم يفوت غير اليد فيكون مثله لا يستحق إلا بالبينة غير أننا أجبنا له الدفع عند إصابة العلامة بالحديث الذي روي بناء على أن الأمر فيه للإباحة جمع بينه وبين الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر ويأتي أن شاء الله تعالى في الدعوى والمدعي هنا صاحب القطة فعليه البينة ثم اذا دفعها بالعلامة فقط بأخذ منه كفيلا استيثاقا قال المصنف (وهذا بخلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لو ارتث غائب عنده)

(قال المصنف العلامة) أقول أي اعطاء العلامة على حذف المضاف (قوله) لأن انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز (أقول ذلك عندنا في النسخ وما نحن فيه من قبيل التعارض (قوله) والجواب أن الشافعي الخ) أقول وفيه أنه لا بد لنا من التلخص عن ذلك على رأينا فهاهو (قوله قال المصنف)

وهذا بخلاف) أقول قال الاتقاني وقال في فصل القضاء بالمواريث فيه روايتان والأصح أنه على الخلاف على قول أبي حنيفة لا يأخذ الكفيل خلافا لصاحبه ونفي الخلاف هنا مع اثباته في فصل القضاء كلاما متناقضا من صاحب الهداية انتهى قال الشارح أكل الدين هذا اذا دفع القطة بذكر العلامة أما اذا دفعها بإقامة الحاضر البينة على أنها له ففي أخذ الكفيل عنه روايتان والصحيح أنه لا يأخذ كفيلا انتهى فلدفع التناقض

أى عند أبي حنيفة رحمه الله وانما ورد الضمير عليه وان لم يسبق له ذكر لشهرة حكم تلك المسئلة هذا اذا دفع اللقطة بذكر العلامة أما اذا دفعها باقامة الحاضر البينة على انه له ففى أخذ الكفيل عنه روايتان والصحيح انه لا يأخذ كفيلًا وقوله (لان المالك ههنا غير ظاهر) يعنى جازان يكون المالك هو الذى حضر فلما أقر الملتقط بانه هو المالك كان اقراره ملزما للدفع اليه (وأما المودع فانه مالك ظاهرًا) فبالاقرار بالوكالة لا يلزمه الدفع اليه لانه غير مالك يبقين ثم فى الودعة اذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك فى يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع ليس له ان يرجع على الوكيل بشئ وههنا الملتقط ان يرجع على القابض لان هناك فى زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع فى قبضه له بأمره وانه ليس بضامن بل المودع ظالم فى تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وههنا فى زعمه ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن بعدما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمن بهذا كذا فى المبسوط

واذا صدق قيل لا يجبر على الدفع كالأكيل يقبض الودعة اذا صدقه وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرًا ولا يتصدق باللقطة على غنى لان الأمور به هو التصديق لقوله عليه الصلاة والسلام فان لم يأت بعنى صاحبها فليصدق به والصدقة لا تكون على غنى فأشبهه الصدقة المفروضة (وان كان الملتقط غنيا لم يجز له أن ينتفع بها)

أى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيما اذا قسمت التركة بين الغرماء والورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عنه وعندهما يؤخذ والفرق لابي حنيفة ان حق الحاضر هنا غير ثابت فممكن أن يكون المالك غيره فيجب ويتوارى الاخذ فيحتمل بالكفيل بخلاف الميراث فان حق الحاضر معلوم ثابت وكون غيره أيضا له حق أمر موهوم فلا يجوز تأخير الحق الثابت الى زمان فحصل الكفيل بحق موهوم وهذا يدل على أن دفع الملتقط لو كان بالبينة لا يأخذ كفيلًا وهو الصحيح وذكر فى جامع فاضحان ان فيه روايتين والصحيح انه لا يأخذ وأورد على المصنف انه نفي الخلاف فى التكفيل فى اللقطة وقال فى فصل القضاء بالمواريث فيه أى فى أخذ الكفيل عند دفع اللقطة روايتان والاصح انه على الخلاف على قول أبي حنيفة لا يأخذ وعلى قوله ما يأخذ هذا اذا دفعه بمجرد العلامة فان صدقه مع العلامة أولا معها فلا شك فى جواز دفعه اليه لكن هل يجبر قيل يجبر كالأوامر بينة وقيل لا يجبر كالأكيل يقبض الودعة اذا صدقه المودع لا يجبره القاضى على دفعها اليه ودفع بالفرق (بأن المالك هنا غير ظاهر) أى المالك الاخذ لهذه اللقطة التى صدق الملتقط مدعيها غير ظاهر والمودع فى مسئلة الودعة مالك ظاهر وانما أقر للحاضر بحق قبضها واقراره بحق قبض ملك الغير لا يلزمه اقباضه لانه اقراره على ملك غيره واذا دفع بالتصديق أو بالعلامة وجاء آخر أقام البينة انه له ان كانت قائمة فى يد المدعى قضى له بها وهو ظاهر وان كان هالكًا خبرين أن يضمن القابض أو الملتقط فان ضمن القابض لا يرجع على أحد وان ضمن الملتقط فى رواية لا يرجع على القابض وهو قول الامام أحمد فيما اذا كان الدفع بتصديقه وفى رواية يرجع وهو الصحيح وجه قول أحمد أن الملتقط اعترف بانه مالكها وصاحب البينة ظلمه بتضمينه فلا يظلمه هو وصار كالمودع اذا صدق الوكيل بالقبض ودفع اليه ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمنه لا يرجع على الوكيل لزعمه ان الوكيل قبضه بأمره والمودع ظالم فى تضمينه ولنا انه وان صدقه فى الملك لكنه لما قضى بالملك للمدعى بالبينة فقد صار مكذبًا بشرا عابثًا كذيب القاضى فبطل اقراره وصار كأنه دفعه بالتصديق ثم ظهر الامر بخلافه وصار كقرار المشتري بالملك للبائع اذا استحقه غيره ببينة فقضى له به يرجع على البائع ومثل هذا يجري فى اقراره بانه وكيل المودع والذى فرق به فى المبسوط أن فى زعم المودع أن الوكيل عامل لغيره وهو المودع فى قبضه له بأمره وليس بضامن بل المودع ظلمه فى تضمينه اياه ومن ظلم لا يظلم غيره وهذا فى زعمه أن القابض عامل لنفسه وأنه ضامن اذا ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن انتهى (قوله ولا يتصدق باللقطة على غنى لان الأمور به هو الصدقة لقوله صلى الله عليه وسلم فان لم يأت بعنى صاحبها فليصدق به والصدقة لا تكون على غنى فأشبهه الصدقة المفروضة) والحديث الذى ذكره هو ما رواه البراز فى مسنده والدارقطنى عن يوسف بن خالد السمنى حدثنا زياد بن سعد عن سمى عن أى صالح عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئا فليعرفه سنة فان جاء صاحبه فليؤده اليه وان لم يأت فليصدق به فان جاء فليخبره بين الاجرويين الذى له وفيه يوسف بن خالد السمنى وليس للملتقط اذا كان غنيا أن يملكها بطريق القرض الا باذن الامام وان كان فقيرا فله أن يصرفها الى نفسه صدقة لا قرضا فيكون فيه للمالك أجر الصدقة تحقيقا للنظر من الجانبين جانب المالك بحصول الثواب له وجانب الملتقط كما لو كان الفقير غير الملتقط ولهذا جاز دفعها الى فقير غير الملتقط وان كان أبا الملتقط أو ابنه أو زوجته (وان كان الملتقط غنيا لما ذكرنا)

وقوله (وكان من المياسير) أي الأغنياء جمع الميسور ضد المعسور وقوله (جلاله على رفعها) أي ليكون حاملاً وباعثاً على رفعها (وقوله (الاطلاق النصوص) يريد به قوله تعالى ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الخ (٤٣٣) وقوله تعالى ولا تعسوا

وقوله فمن اعتدى عليكم (قوله والاباحة للفقير لما رويناه) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام فليصدق به (قوله والغنى محمول على الأخذ) جواب عن قوله ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل جلاله على رفعها (قوله وانتفاع أبي) جواب عن استدلاله بحديث أبي رضي الله عنه وقوله (وهو جائز) أي الانتفاع بالغنى جائز باذن الامام لانه في محل مجتهد فيه وقوله (لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين) يعني نظر الثواب للمالك وتطر الانتفاع للمتقسط وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين والله أعلم

قال المصنف (وهو جائز باذنه) أقول قال الاتقاني أي الانتفاع باللقطة بعد المدة جائز عند الغنى باذن الامام على وجه يكون قرضاً لوقوعه في محل مجتهد فيه فان الانتفاع بالغنى يجوز عند الشافعي انتهى وفيه بحث (قوله أي الانتفاع بالغنى الى قوله في محل الخ) أقول فيه بحث

وقال الشافعي يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي رضي الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه اغنياباح للفقير جلاله على رفعها صيانة لها والغنى يشاركه فيه ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لا بطلاق النصوص والاباحة للفقير لما رويناه أو بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغنى محمول على الأخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع أبي رضي الله عنه كان باذن الامام وهو جائز باذنه (وان كان المتقسط فقيراً فلا بأس بأن ينتفع بها) لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره (وكذا اذا كان الفقير أباه أو ابنه أو زوجته وان كان هو غنياً) لما ذكرنا والله أعلم

من تحقيق النظر من الجانبين وقال الشافعي له أن يملكها وان كان غنياً بطريق القرض غير مقتصر الى اذن الامام (لقوله صلى الله عليه وسلم فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فاستمتع بها) قالوا (وأبي كان من المياسير) بدليل ما في بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم قال والافهي كسيل مالك فقه جعل له ما لا قلنا هذه الرواية ليس فيها ان الخطاب لابي فانها كما في مسلم عن أبي بن كعب رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في اللقطة عرفها سنة فان جاء أحد الى أن قال فهي كسيل مالك وظاهر هذا أنه يحكي قوله لسائل يسأله وجاز كون ذلك كان فقيراً ثم هنا ما يدل على فقر أبي في زمنه صلى الله عليه وسلم وهو ما في الصحيحين عن أبي طلحة قلت يا رسول الله ان الله تعالى يقول لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وان أحب أموالى الى بئير حاء فأتري يا رسول الله فقال اجعلها في فقراء قرابتك فجعلها أبو طلحة في أبي وحسان وهذا صريح في أن أبا كان فقيراً لكنه محتمل أنه أيسر بعد ذلك لأن قضايا الاحوال اذا تطرف اليها الاحتمال سقط بها الاستدلال وأما ما في حديث زيد بن خالد الجاهلي بسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف الى أن قال والافشأ نكثها وفي رواية فهي لك فهو أيضاً من قضايا الاحوال المتطرق اليها الاحتمال اذ يجوز كون السائل فقيراً ولو سلم أن الخطاب لابي لا يخرج عن قضايا الاحوال ذات الاحتمال اذ المال لا يلزم كونه نصيباً وكونه خالياً عن الدين ولو كان نصيباً جاز كونه أقل من نصاب وكونه مدبونا قالوا لو كانت اللقطة لا تحل للفقير الا بطريق الصدقة فمتنع اذا كان غنياً لما أكلها على رضي الله عنه وهو لا تحل له الصدقة وقد أمره صلى الله عليه وسلم بأكلها فيما أخرج أبو داود عن سهل بن سعد أن علي بن أبي طالب دخل على فاطمة وحسن وحسين يبكيان فقال ما بكما قالت الجوع فخرج علي رضي الله عنه فوجد ديناراً بالسوق فجاء فاطمة فأخبرها فقالت اذهب الى فلان اليهودي فخذ لنا دقيقا فجاء اليهودي فقال اليهودي أنت ختن هذا الذي يزعم أنه رسول الله قال نعم قال فخذ ديناراً والدقيق لك فخرج علي فأخبر فاطمة فقالت اذهب الى فلان الجزار وخذ لنا درهم لحما فذهب فذهن الدينار بدرهم بلهم فمجنبت وخبرت وأرسلت الى أبيها فجاء فقالت يا رسول الله أذكرك فان رأيت حلالاً لنساء كناه من شأنه كذا وكذا فقال كلوا باسم الله فأكوا فيبينما هم مكانهم اذا غلام ينشد الله والاسلام الدينار فأمر النبي صلى الله عليه وسلم به فدعى فسأله فقال سقط مني في السوق فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا علي اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لك ارسلى بالدينار ودرهمك علي فأرسل به فدفعه صلى الله عليه وسلم الى الغلام قلنا هذا الحديث تكلم فيه باعتبار قضاة انفاقه قبل التعريف فدل على ضعفه وقول المنذري واعل تأويله أن التعريف ليس له صيغة يعتد بها فراجعته لرسول الله صلى الله عليه وسلم على ملا من الخلق إعلان به وهذا يؤيد

(٥٥ - فتح القدير رابع) فان خلاصة استدلال الشافعي أنه لو لم يجز أن ينتفع بها الغنى لما أذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لأبي بن كعب رضي الله عنه به اذ هو مبعوث لبيان الشرائع والاجواب عن ذلك فيما ذكره ولا معنى لا بتناء اجازته عليه الصلاة والسلام على اجتهد آحاداً الا مرة فليست أم

﴿ كتاب الأباقي ﴾

(الآبق أخذه أفضل في حق من يقوى عليه) لما فيه من أحيائه وأما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم أخذ الآبق يأتي به إلى السلطان لأنه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم إذا رفع الآبق إليه يجبسه ولورفع الضال لا يجبسه لأنه لا يؤمن على الآبق الأباقي ثانياً بخلاف الضال

الاكتفاء في التعريف مرة غير ظاهرة فإنه لم يذكر له ذلك إلا بعد أن اشتروا وخبروا وأحضره صلى الله عليه وسلم على الأكل ثم يجب الحكم بأن علياً عرفه قبل أن يأتي به فاطمة وإن لم يذكر وقد روى عبد الرزاق وأصحق بن راهويه والبخاري وأبو يعلى الموصلي وفيه أنه أتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفه ثلاثة أيام فعرفه فلم يجد من يعرفه فرجع فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال شأنك به وفيه دليل لمختار شمس الأئمة من أن التقدير بحول وغيره ليس بلازم بل إلى أن تسكن نفسه إلى أن طالبه قطع نظره عنه وفي سنده أبو بكر بن عبد الله قال البخاري على الظن هو عند أبي بكر بن عبد الله بن أبي سبرة وهو لين الحديث وقال عبد الحق هو متروك والحق أن الحديث ضعيف من جهة الرواية ومن جهة الاضطراب لأن ما في الرواية الأولى من أنهم انما أعلموه بعد أن اشتروا وصار مهياً لئلا كل يناقض ما في الثانية من أنه أعلمه فأمره بتعريفه ثم أمره بأخذه وفي الأولى أنه دفع عنه للنشد وفي الثانية أنه جعله ديناً عليه وقال إذا جاء نأدينا إليك وغير ذلك والاضطراب موجب للضعف ثم لو سلمنا حجيته كان الثابت به أن استقرضه باذن الإمام جائز وليس هذا محل التراجع كآفة دم فلم يثبت بعد جواز اقتراض الملتقط الغني فلو سلمنا ضعف حديث أبي هريرة في الصدقة بناء على تضعيف السمي كفاً فاجواز التصديق بالاجماع ثم هو يثبت أن الملتقط الغني فيها حكماً آخر ونحن نطالبه في إثباته بالدليل ولم يتم له عليه دليل فيبقى على الانتفاء

﴿ كتاب الأباقي ﴾

كل من الأباقي واللقيط واللقطة تحقق فيه عرضة الزوال والتلف الآن التعرض له بفعل فاعل مختار في الأباقي فكان الأنسب تعقيب الجهادية بخلاف اللقطة واللقيط وكذا الأولى فيه وفي اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب والأباقي في اللغة الهرب آبق يأتى كضرب يضرب والهرب لا يتحقق إلا بالقصد فلا حاجة إلى ما قيل هو الهرب قصداً نعم لو قيل الانصراف ونحوه عن المالك كان قيداً القصد مفيداً والضال ليس فيه قصد التغيب بل هو الملتقط عن مولاه بلهله بالطريق إليه (قوله الآبق أخذه أفضل) من تركه (في حق من يقوى عليه) أي يقدر على حفظه حتى يصل إلى مولاه بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا يعلم في هذا خلاف ويمكن أن يجري فيه التفصيل في اللقطة بين أن يغلب على ظنه تلقه على المولى إن لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب أخذه والا فلا واختلف في أخذ الضال قبل أخذه أفضل لما فيه من أحياء النفوس والتعاون على البر (وقيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانه) منتظراً لمولاه حتى يجده ولا يخفى أن انتظاره في مكان غير متزخر عنه ليس بواقع بل نجد الضلال يدورون متحيرين ثم لا شك في أن محل هذا الخلاف إذا لم يعلم واحد الضال مولاه ولا مكانه أما إذا علمه فلا ينبغي أن يختلف في أفضلية أخذه وردة (قوله ثم أخذ الآبق يأتي به إلى السلطان) أو القاضي فيجب منه ما له عن الأباقي لأنه لا يستطاع حفظه عن إبقائه من الأخذ إلا بذلك عادة بخلاف اللقطة أما لو فرض قدرته على ذلك لا يحتاج إلى السلطان وبهذا الاعتبار خيرة الحلواني بين أن يأتي به إلى السلطان أو يحفظه بنفسه وعلى هذا الضال والضالة من الأبل وغيرهما وإذا حبس الإمام الآبق في جوارحه وأقام

﴿ كتاب الأباقي ﴾

قال صاحب النهاية رحمه الله هذه الكتب أعني اللقيط واللقطة والأباقي والمفقود كتب يجانس بعضها بعضاً من حيث أن في كل منها عرضة الزوال والهلاك والأباقي هو الهرب والآبق هو الهارب من مال كقصد (والآبق أخذه أفضل في حق من يقوى) أي يقدر (عليه لما فيه من أحيائه) إذا لا يأتي هالك في حق المولى فيكون الرادحياً له (وأما الضال) هو الذي لم يهتد إلى طريق منزله من غير قصد فقيل أنه كذلك وقيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم أخذ الآبق يأتي به إلى السلطان لأنه لا يقدر على حفظه بنفسه وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي وأما اختيار شمس الأئمة الحلواني فهو أن الرادحياً خيار إن شاء حفظه بنفسه وإن شاء دفعه إلى الإمام وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار وقوله (ثم إذا دفع الآبق إليه يجبسه) ظاهر

﴿ كتاب الأباقي ﴾

قال (ومن رد الا ببق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما وان رده لأقل من ذلك فحسابه) وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لأنه منبرع بمنافعه فأشبهه العبد الضال ولنا ان العصابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل

بينه أنه عبده يستخلفه بالله أنه باق الى الآن في ملكك لم يخرج يبيع ولا هبة فاذا حلف دفعه اليه وهذا لاحتمال أنه عرض بعد علم الشهود بثبوت ملكه على وجه زواله بسبب لا يعلمونه وانما يستخلفه مع عدم خصم يدعي لصيانته فضائه عن الخطا ونظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشترا وموهوب له ثم اذا دفعه اليه عن بينة ففي أولوية أخذ الكفيل وتركه وايتان وكما يدفعه بالبينه يدفعه باقرار العبد أنه له وبأخذ من المدفوع اليه هنا كفيلا رواية واحدة وينفق عليه مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذه من صاحبه فيرده في بيت المال بخلاف اللقيط لا يؤخذ منه اذا كبر مال بيت المال لانه كان مستحقا له بفقره وعجزه عن الكسب بخلاف مالك العبد واذا لم يجئ للعبد طالت مدته باعه القاضي وأمسك عنه بعد أخذ ما أنفق لبيت المال منه فاذا جاء مال له وأقام بينة وهو قائم في يد المشتري لا يأخذه ولا ينقض بيع القاضي لانه حكمه بخلاف الضال اذا طالت مدته فانه يؤجره وينفق عليه من أجره لانه لا يخشى اباقة فلا يبيعه أما الا ببق فيحشى ذلك منه فلذلك يبيعه ولا يؤجره وينبغي أن يقدر الطول بثلاثة أيام كما تقدم في الضالة الملتقطة لأن دارة النفقة مستأصلة ولا تظر في ذلك للمالك بحسب الظاهر (قوله ومن رد الا ببق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما) فضة بوزن سبعة مثاقيل (وان رده لأقل) من مسيرة سفر (فحسابه وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له شيء الا بالشرط) بأن يقول من رد على عبدي فله كذا كما اذا رده بجمعة ضالة أو عبدا ضالا وجه القياس أن الراد تبرع بمنافعه في رده ولو تبرع بعين من أعيان ماله لا يستوجب شيئا فكذا هذا وقولنا قول مالك وأحمد في رواية قال المصنف في وجه الاستحسان (ولنا اجماع العصابة على أصل الجعل الا أن منهم من أوجب الاربعين ومنهم من أوجب مادونها) وذلك أنه ظهر الفتوى به من غير واحد من حيث لا يخفى فلم ينكره أحد وذلك أن محمد بن رجة الله روى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن أبي عمرو الشيباني قال كنت قاعدا عند عبد الله بن مسعود فجاء رجل فقال ان فلانا قدم بباقي من الفيوم فقال القوم لقد أصاب أجرا قال عبد الله وجعلنا ان شاء الله من كل رأس أربعين وروى أبو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه أيضا وروى عبد الرزاق في مصنفه قال أخبرنا سفیان الثوري عن أبي رباح عبد الله بن رباح عن أبي عمرو الشيباني قال أصبت غلاما تابا فابا بالغبين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال الابن والغنية قلت هذا الابن الغنية قال أربعون درهما من كل رأس وروى ابن أبي شيبة حدثنا محمد بن يزيد عن أيوب عن أبي العلاء عن قتادة وأبي هاشم أن عمر رضي الله عنه قضى في جعل الا ببق أربعين درهما وروى أبضاع عن وكيع حدثنا سفیان عن أبي اسحق قال أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهما وروى أبضاع عن يزيد بن هرون عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب أن عمر رضي الله عنه جعل في جعل الا ببق دينار أو اثني عشر درهما وروى أبضاع عن يزيد بن هرون عن حجاج عن حصين عن الشعبي عن الحرث عن علي رضي الله عنه أنه جعل في جعل الا ببق دينار أو اثني عشر درهما وأخرج هو وعبد الرزاق عن عمرو بن دينار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في العبد الا ببق بوجد في خارج الحرم دينار أو عشرة دراهم وهذا حديث مرفوع مرسل والمفهوم من خارج الحرم في المتبادر القرب لا قدر مسيرة سفر عنه وعن هذا روى عماران أخذه في المصنف عشرة وان أخذه خارج المصنف لعله أربعون لعله اعتبر الحرم كالمكان

وقوله (ولنا ان العصابة رضى الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل

الا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب مادونها) قال عمر رضي الله عنه في جعل الأبق ديناراً واثناعشر درهما وقال علي رضي الله عنه في جعل الأبق ديناراً وعشرة دراهم وقال ابن مسعود رضي الله عنه أربعون درهما وقال عمار بن ياسر رضي الله عنه إن رده في المصر فله عشرة دراهم وإن رده في (٤٣٦) خارج المصر استحق أربعين (فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر ومادونها فيما دونه

توفيقاً وتلفيقاً) أي جمعاً بين الروايات المتعارضة فإن قيل كان الواجب أن يؤخذ بأقل المقادير لتيقنه أجيب بأنه لم يؤخذ بأقل لأن التوفيق بين أقاويلهم يمكن بأن يحمل قول من أفق بالأقل على ما إذا رده مما دون مسيرة السفر وقول من أفق بالأكثر على ما إذا رده من مسيرة السفر وهذا أولى لأنه يعمل بكل منهما وقوله (والتقدير بالسمع) جواب عن قياس الأبق على الضال في عدم وجوب الجعل وفي قوله (ولأن الحاجة) إشارة إلى نفي الالتحاق دلالة لأنها تقتضي التساوي بين الأصل والملحق وليس بموجود وقوله (وبقدر الرضخ) تفصيل لقوله وإن رده لأقل من ذلك فحسابه فإن عملوا بالقسمة كان لكل يوم ثلاثة عشر درهما وثلاث دراهم قبل والاشبهه التفويض إلى رأي الإمام

الا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب مادونها فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر ومادونها فيما دونه توفيقاً وتلفيقاً منهم ما ولا أن الجعل أصله حامل على الرد إذا الحسبة نادرة فتحصل صيانة أموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولأن الحاجة إلى صيانة الضال دونها إلى صيانة الأبق لأنه لا يتواري والأبق يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما أو يفوض إلى رأي القاضي وقيل تقسم الأربعون على الأيام الثلاثة أذهي أقل مدة السفر قال (وإن كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمتها الأدرهما) قال رضي الله عنه وهذا قول محمد وقال أبو يوسف رحمه الله له أربعون درهما

الواحد وقول المصنف (الا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب دونها) يريد المروي عن عمر وعلي وقد علمت الرواية عن عمر أيضاً أن الجعل أربعون وسنده أحسن من الأخرى والرواية عن علي مضعفة بالحديث المذكور فكانت رواية ابن مسعود أقوى الكل فربحناها وكذا قال البيهقي في سننه هو أمثل ما في الباب وانما يؤخذ بالأقل إذا سوي إلا أكثر في القوة وقيل انما يؤخذ به إذا لم يمكن التوفيق بين الأقاويل وهناك يمكن إذ تحمل روايات الأربعين على رده من مسيرة السفر وروايات الأقل على مادونها ويحمل قول عمار خارج المصر على مدة السفر (والتلفيق) الضم لفقت الثوب الفقه إذا ضمت شقة إلى شقة ولأن نصب المقادير لا يعرف إلا بما كان للوقوف على الصيانة حكم المرفوع وأصحها حديث ابن مسعود فهو بعد كونه مثبتاً للزيادة وزيادة العدل مقبولة راجح ولا يخفى ما في هذا (ولأن الجواب أصل الجعل حامل على الرد إذا الحسبة) وهو رده احتساباً عند الله تعالى مع ما فيه من زيادة التعب والنصب نادرة فشرع للصحة الرجعة إلى العباد من صيانة أموالهم عليهم (وتقدير الجعل) انما يدرى (بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع) الحاقه به قياساً ودلالة أيضاً لأن الحاجة إلى صيانة الضال في رده دونها في رد الأبق لما في رده من زيادة التحفظ في حفظه والاحتياط في مراعاته كي لا يأتى ثانياً مما ليس في رد الضال منه شيء ولو كان الأبق لرجلين فصاعداً فالجعل على قدر النصب فلو كان البعض غائباً فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطى تمام الجعل ولا يكون متبرعاً بنصيب الغائب فيرجع عليه لأنه مضطر فيما يعطيه لأنه لا يصل إلى نصيبه إلا به هذا كله إذا رده بلا استعانة فلو أن رجلاً قال لا أنخران عبدى قد أبق فاذا وجدته خذته فوجدته فردته ليس له شيء لأن مالكة استعان به ووعدته الإعانة والمعين لا يستحق شيئاً وقوله (ومادونه فيما دونه) أي أوجبنا ما دون الأربعين فيما دون السفر وذلك لأن الماعرفنا إيجاب الجعل بكل من نقل عنه مقدار وذلك هو الواجب فإذا جلتنا بعضه على ما دون السفر كان ذلك حكماً بالإيجاب فيما دون السفر لأنه ما ذكر ذلك الأعلى أنه واجب (قوله) ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما) أي المالك والراد أو يفوض إلى رأي القاضي بقدره على حسب ما يراه قالوا وهذا هو الأشبه بالاعتبار وقال بعض المشايخ (تقسم الأربعون على الأيام الثلاثة) لكل يوم ثلاثة عشر وثلاث (قوله) وإن كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمتها الأدرهما) قال المصنف (وهذا قول محمد) وهو قول أبي يوسف الأول كما قال أبو يوسف آخر (له أربعون) وإن كانت قيمته درهما واحداً ولم يذ كر قول أبي حنيفة في عامة كتب الفقه وذ كر في شرح الطحاوي مع

قوله (أي جمعاً بين الخ) أقول أي بقدر الامكان قال المصنف (ولأن إيجاب الجعل أصله حامل على الرد إذا الحسبة نادرة) أقول

المراد الحسبة المخصوصة فإن فيها من التعب والنصب ما لا يخفى (قوله والتقدير بالسمع) أقول قوله والتقدير مبتدأ وقوله بالسمع خبره قال المصنف (ولا سمع بالضال فامتنع) أقول لا يقال هذا لا يدل على امتناع إيجاب الأصل بل على امتناع التقدير فليكن الرأي إلى السلطان لأننا نقول هذا جواب عن قياس الشافعي وما ذكرته يندفع بقوله ولأن الحاجة إلخ فتأمل قال المصنف (إلى صيانة الأبق) أقول قوله إلى في قوله إلى صيانة الأبق إلخ متعلق بالضمير في دونها لكونها عبارة عن الحاجة

قوله (وأما الولد والمدير في هذا) أي في وجوب الجعل (بمنزلة القن) لانهما لو كان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن وتعليل المصنف رحمه الله بقوله (لما فيه من أحياء ماله) أولى من تعليل غيره بقوله لما فيه من أحياء المالك لأن أم الولد لا مالية فيها عند أي خيفة رحمه الله وقوله (لانهما يعتقان بالموت) باطلا لانه ظاهر في أم الولد وفي حق المدير الذي (٤٣٧) لاسعاية عليه وأما الذي عليه السعاية بأن

لم يكن للمولى مال سواء فكذلك

لا يستوجب الجعل على

الورثة لأن المستسعي كالمكاتب

عنده وحرم مدون عندهما

ولا جعل لراثة المكاتب أو

الححر (قوله ولو كان الزاد

أبالمولى أو ابنه وهو في عبالة)

أي كل واحد منهما في عبالة

ظاهر ولم يذكر جواب ما إذا

لم يكن في عبالة والقياس

أن يستحق كل من ذى الرحم

المحرر الجعل إذا لم يكن في

عبالة لكن استحسن فقيل

إذا وجد عبداً بيه وليس في

عبالة فلا جعل له لأن رد

الآبق على أسفه من جملة

الخدمة وخدمة الأب مستحقة

عليه فلا جعل له على ذلك

وأما إذا وجد الأب عبد

ابنه وليس في عبالة فله

الجعل لأن خدمة الابن غير

مستحقة على الأب وقوله

(فلا يتناوهم إطلاق الكتاب)

أي القدوري وهو قوله

ومن رد الآبق على مولاه من

مسيرة ثلاثة أيام قال (وان

أبق من الذي رده) أي إذا أبق

الآبق من الذي أخذه ليرده

(فلا شيء عليه) أي لا ضمان

عليه لأنه أمانة في يده (لكن

هذا إذا شهد) عند الأخذ وقد

(ذكرناه في اللقطة) أن الأخذ

على هذا الوجه مأثور فيه

لأن التقدير به ثابت بالنص فلا ينقص عنها ولو هذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الأقل لأنه حظ منه ولحمده أن المقصود جعل الغير على الرد ليحيى مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقاً للفائدة وأما الولد والمدير في هذا بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من أحياء ماله ولو رد بعد عمانه لا جعل فيهما لأنهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد أباً للمولى أو ابنه وهو في عبالة أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل لأن هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناوهم إطلاق الكتاب قال (وان أبق من الذي رده فلا شيء عليه) لأنه أمانة في يده لكن هذا إذا شهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضي الله عنه وذكري في بعض النسخ أنه لا شيء له وهو صحيح أيضاً لأنه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له أن يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع بحبس المبيع لاستيفاء الثمن

محمد وجه أبي يوسف (أن التقدير به ثابت بالنص) أي قول ابن مسعود وعمر ووجوب اتباعهما والمراد بالنص إجماع الصحابة بناء على عدم مخالفة من سواهما ولو جوب جعل قول من نقص منها على ما نقص من السفر فلا ينقص عنها (ولمجدان المقصود) من إيجاب الجعل (جعل الغير على الرد ليحيى مال المالك فينقص) منه (درهم ليسلم له شيء تحقيقاً للفائدة) أي فائدة إيجاب الجعل وتعيين الدرهم لأن مادونه كسور (وأما الولد والمدير في هذا بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من أحياء ماله) وبه تحبها ما ليس له أما باعتبار الرقبة كما في المدير أو باعتبار الكسب كما في أم الولد عنده لأنها مالية فيها عنده لكنه أحق بأكسابها (ولو رده بعد عمانه لا جعل له فيهما لأنهما يعتقان بالموت) فيقع رد حراً لملوك على مالكه وهذا في أم الولد ظاهر وكذا المديران كان يخرج من الثلث لأنه يعتق حينئذ بالموت اتفاقاً وان لم يخرج من الثلث فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة يصير كالمكاتب لأنه يسعى في قيمته ليعتق ولا جعل في رد المكاتب لأن المولى لا يستفيد برده مكالبة استفاد بديل الكتابة فكان رد غيره له ورد غريم لا يستحق شيئاً بخلاف القن (قوله ولو كان الراد أباً للمولى أو ابنه وهو في عبالة أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل) له وفيد في عبالة أن يرجع إلى الراد وإلى الابن اقتضى أن يتقيد نفي الجعل إذا كان الراد ابناً يكون في عبالة المالك أي في نفقته ونموه وهو غير صحيح لأن الابن لا يستوجب جعلاً سواء كان في عبالة أبيه المالك أو لا وجملة الحال أن الراد كان وله المالك أو أحد الزوجين على الآخر والوصي لا يستحق جعلاً مطلقاً أما الولد فلا لأن الراد كالبائع من المالك من وجه وباعتباره يجب وكالاجير من وجه لأنه من باب الخدمة والأب إذا استأجر ابنه لخدمته لا يستحق عليه أجره لأن خدمته واجبة على الابن فوجب من وجه وانتفى من وجه فلا يجب بالشك وهذا يفيد عدم الوجوب وان لم يكن في عبالة فإذا كان في عبالة فبطريق الأولى وأما أحد الزوجين فإن كان زوجاً فالقياس يجب وفي الاستحسان لا يجب لأن العادة أن يطلب الزوج عبداً امرأته تبرعاً في العرف لأنه ينتفع به والثابت عرفاً كالثابت نصاً وان كان زوجة فلا يجب لهذا ولأن الرديهة لخدمة عندها منسوبة لأنها لا تستحق بدل الخدمة على الزوج كولو ولد أو استأجرها لخدمته لا يجب لها شيء وأما الوصي فاعمالاً لا يستحق الجعل برده عبد البني لأنه من الحفظ وشأن الوصي أن يحفظ ماله وان كان غيرهم من الأب وباقى الأقارب فإن كانوا في عبالة المالك لا يجب لهم شيء وان لم يكونوا في عبالة وجب لهم لأن العادة والعرف أن الإنسان إنما يطلب الآبق ممن في عبالة فكان التبرع منهم ثابتاً عرفاً وهو كالثابت نصاً بخلاف ما إذا لم يكونوا في عبالة لأن التبرع حينئذ لم يوجد نصاً ولا عرفاً (قوله وان أبق من الذي رده فلا شيء عليه)

شرعاً قال المصنف رحمه الله (وذكري في بعض النسخ) أي نسخ مختصر القدوري (لا شيء له) أي لا جعل للراد إذا أبق الآبق منه (وهو صحيح أيضاً لأنه) أي الراد (في معنى البائع من المالك) لأن عامة منافع العبد زالت بالآباق وانما يستفيد المولى بالرد بما يجب عليه والبائع إذا هلك في يده المبيع سقط الثمن فكذلك ههنا يسقط الجعل واستوضح ذلك بما ذكره في الكتاب وهو واضح

(وكذا اذامات في يده فلا تثنى عليه لما قلنا) انه امانة عنده (ولو اعنته المولى) أى اعنته قبل أن يقبضه (وقت اقاؤه صار قابضا بالاعتناق) فيجب عليه الجعل وأشار بقوله بالاعتناق (٤٣٨) الى انه لو دبر مكان الاعتناق لم يصرف قابضا والفرق بينهما ان

الاعتناق انلاف للمالبة فيصير به قابضا كما لو اعنتق المشتري العبد المشتري قبل القبض وأما التدبير فليس باتلاف للمالبة فلا يصير به المولى قابضا الا أن يصل الى يده (وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له) وهذا بخلاف الهبة فان المولى لا يصير بها قابضا قبل الوصول الى يده لان في الهبة قبل القبض لم يصل العبد الى يد المولى ولا بدله فلا يكون لها حكم القبض وقوله والردوان كان له حكم البيع جواب عما يقال قد قلتم من قبل ان الرق في معنى البيع من المالك ثم جوزتم بيع المالك من الراد قبل أن يقبضه فيجب أن لا يجوز لدخوله تحت النهي الوارد عن بيع مالم يقبض وتقرر الجواب ان النهي عن ذلك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والرد ليس ببيع كامل بل هو بيع من وجه من حيث اعاده ملك التصرف اليه فقط لان ملك الرقبة لا يزول عن المولى بالابق فلا يكون داخلا تحت النهي فيكون جائزا وقوله (وينبغي اذا أخذه أن يشهد انه أخذه ليرده) ظاهر وقوله (فان كان الا بقرهنا) سبأ الكلام فيه في الرهن

وكذا اذامات في يده لا تثنى عليه لما قلنا قال (ولو اعنته المولى كالمقبضه المولى كالمقبضه قابضا بالاعتناق) كافي العبد المشتري وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والردوان كان له حكم البيع لكنه يبيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع مالم يقبض بخلاف قال (وينبغي اذا أخذه أن يشهد انه أخذه ليرده) فالاشهاد حتم فيه عليه على قول أبي حنيفة ومحمد حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد اماره انه أخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الاخذ واتهمه أو ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا شهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في أداء الثمن (وان كان الا بقرهنا فالجعل على المرتهن) لانه أحيا ما يئس به بالرد وهي حقه اذا استيفاه منها والجعل بمقابلته احياء المالبة فيكون عليه

أى لضمان على الراد وفي بعض نسخ القدرى لاشئ له أى لا جعل للراد وكل منهما صحيح (وكذا اذامات عنده) الا أن تثنى الجعل ببيع بلا شرط لان الجعل كالثمن والراد كالسابع للمالك لانه باقاه كالمالك من حيث فوات جميع الانتفاعات به وبالرد كله استفاد ملكه من جهته فصار كالسابع ولذا كان له حبسه لاستيفاء الجعل والبائع اذا هلك في يده أو أبقى وهو عبيد سقط الثمن فكذا بسقط الجعل وانتفاء الضمان بشرط له أن يكون أشهد على قول أبي حنيفة ومحمد لانه حينئذ صار امانة عنده كافي الاقطعة وقال أبو يوسف لا ضمان عليه أشهد أو لم يشهد اذا قال أخذه لا رده والقول قوله في ذلك مع عيने اذا علم انه كان أبقا فلما أنكر المولى باقاه فالقول له لان سبب الضمان وهو أخذ مال الغير بغير اذنه ظهر من الراد ثم ادعى ما يسقطه وهو اذن الشارع باقاه والمالك منكر وكذا لا يجب الجعل اذا جاء به وأنكر المولى باقاه الا أن يشهد شهودا نه أبق من مولاه أو يشهد واعي اقرار المولى باقاه (قوله ولو اعنته المولى كالمقبضه) أى رآه قبل قبضه (يصير بالاعتناق قابضا) فيجب الجعل (كافي العبد المشتري) اذا أعنته قبل القبض يصير به قابضا ويجب الثمن (وكذا اذا باعه المولى من الراد) أى قبل قبضه يصير به قابضا (لسلامة بدله) وهو الثمن له فان قيل للرد حكم البيع من المالك فيبيع المالك من الراد قبل قبضه ببيع مالم يقبض وهو لا يجوز أجاب بقوله (لكنه يبيع من وجه) لامن كل وجه (فلا يدخل تحت النهي) المطلق (عن بيع مالم يقبض بخلاف) وأورد ان الشبهة ملحقه بالحقيقة في الحرمات أجاب بان هذه شبهة الشبهة ولا عبرة بها وهذا لأنه لو شرط رضا المالك كان الثابت الشبهة لأنه ملكه حقيقة فمع عدم الرضا الثابت شبهة الشبهة (قوله وينبغي اذا أخذه أن يشهد انه أخذه ليرده) قال المصنف (فالاشهاد حتم فيه) أى في أخذ الا بقرهنا (عليه) أى على الاخذ (على قول أبي حنيفة ومحمد) وتفسير بعضهم حتم بانه واجب نساها والاي لم يتركه استحقاق العقاب ونقطع بأنه اذا أخذه بقصد الرد الى المالك وانفق انه لم يشهد لانتم عليه وانما الاشهاد شرط عندهما خلافا لابي يوسف لاستحقاق الجعل ولسقوط الضمان ان مات عنده أو أبقى (لان ترك الاشهاد اماره انه أخذه لنفسه فصار كما لو اشتراه الراد) (من الاخذ واتهمه) منه (فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه) لانه بالشراء أو الاتهام فاسد لملكه ظاهرا فيكون غاصبا في حق سده فرده لاسقاط الضمان عن نفسه وهذا معنى قوله رده لنفسه وكذا لو أوصى له به أو ورثه في كل ذلك يكون قابضا لنفسه فيضمنه فاذا رده لا جعل له لانه لنفسه لانه يسقط الضمان عن نفسه الا أن يشهد عند الشراء من الاخذ انما اشترته لا رده على مالكه لانه لا يقدر على رده الا بشرائه فينفذ (بكونه له الجعل) ولا يرجع على السيد بشئ من الثمن لانه متبرع به كما لو انفق عليه بغير اذن القاضي (قوله وان كان الا بقرهنا فالجعل على المرتهن) لان بالرد حبيت ما يئس به

ان شاء الله تعالى وقوله (والجعل بمقابلته احياء المالبة) فيه نظر لانه يلزمه اذا رد أم الولد ومائة احياء المالبة عند أبي حنيفة وأوجب بانه لا مالبة فيها باعتبار الرقبة ولها مالبة باعتبار كسبها لانه أحق بكسبها وقد أحيا الراد ذلك برده وما

(قوله وان كان مديونا) أي العبد لا يبق إذا كان مديونا بأن كان

(٤٣٩)

مأذونا له فله في الدين في التجارة أو استعمال مال

الغير وأقرب مولا (قوله

كل الوقوف) يعني بين أن

يستقر على المولى متى اختار

قضاء الدين وبين أن يصير

لغيره متى اختار البيع

ولما توقف الملك في العبد

توقف مؤنة الملك وهو الجعل

(قوله وان كان) أي لا يبق

(مؤنوا فاجعل على الموهوب

له وان رجع الواهب في

هيبته بعد الرد) وانما ذكر

إن الواصلة هذه لدفع شبهة

ترد على ما ذكر قبله بقوله

فتجب على من يستقر الملك

له وبقوله فعلى المولى ان

اختار الفداء فعلى كلاً

التقديرين كان ينبغي أن

يجعل الجعل على الواهب

لوجود هذين المعنيين في

حقه ووجه الدفع (أن

المنفعة للواهب ما حصلت

بالرد) أي برداً لا بقر

ترك الموهوب له التصرف

فيه بعد الرد) من الهبة

والبيع وغيرهما من التصرف

الذي يمنع الواهب عن الرجوع

في هيبته فلا يجب الجعل

على الواهب لذلك فان قيل

المنفعة حصلت للواهب

بالمجموع وهو ترك الموهوب

له الفعل ورد الراد أحب

بأنه كان كذلك لكن ترك

الموهوب له الفعل آخرهما

وجودا فيضاف الحكم اليه

كفي القرابة مع الملك فيضاف

العق إلى آخرهما وجودا

والرد في حياة الراهن وبعده سواء لأن الرهن لا يبطل بالموت وهذا إذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه فان كانت أكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لأن حقه بالقدر المضمون فصار كتمن الدواء وتخليصه عن الجنابة بالفداء وان كان مديونا فعلى المولى ان يختار قضاء الدين وان بيع بدئاً بالجعل والباقي للغرماء لأنه مؤنة الملك والمالك فيه كالوقوف فتجب على من يستقر له وان كان جانياً فعلى المولى ان يختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الأولياء ان يختار الدفع لعودها اليهم وان كان موهوباً فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هيبته بعد الرد لأن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فاجعل في ماله لأنه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لأنه هو الذي يتولى الرد فيه

وماليتته حق المرتهن لأن الاستيفاء منها واجعل على من حيث له المالية ألا ترى ان بالباقي سقط دين المرتهن كما بالموت وبالعود عاد الدين وتعلق حقه بالرهن استيفاء من ماليتته كالوماتت الشاة المرهونة فدفع جلدتها فان الدين يعود به (والرد في حياة الراهن وموته سواء لأن الرهن لا يبطل بالموت وهذا) أي كون الجعل على المرتهن (إذا كان قيمة العبد مثل الدين أو أقل فان كانت أكثر من الدين) قسم الجعل على الراهن والمرتهن فما أصاب الدين على المرتهن وما بقي على الراهن من ثلثائة وقيمة الرهن أربعمائة يكون على المرتهن ثلاثون وعلى الراهن عشرة وصار الجعل كتمن دواء الرهن وتخليصه من الجنابة بالفداء ان كان الدين أكثر من قيمته انقسم انفساً ما عليها كذلك (قوله وان كان مديونا) أي ان كان العبد لا يبق مديونا بأن كان مأذوناً فله في التجارة دين أو تلف مال الغير واعترف به المولى فاجعل على من يستقر الملك له لأنه مؤنة الملك والمالك في العبد بعد مباشرة سبب الدين كالوقوف ان اختار المولى قضاء دينه كان الجعل عليه لأن الملك استقر له وان اختار بيعه في الدين كان الجعل في الثمن يبدأ به قبل الدين لما قلنا أنه مؤنة الملك والباقي للغرماء فظهر ان قول المصنف (يجب) أي الجعل على من يستقر له الملك تجوز فانه لا يجب على المشتري وكأنه جعل ملكاً عنه بمنزلة ملكه (وان كان) أي العبد (جانياً) أي جنى خطأ فلم يدفعه مولا ولم يفده حتى أبقى فرده من مسيرة ثلاثة أيام فهو على القياس يكون الجعل على من يصيره ان اختار المولى فداءه فهو عليه لعود منفعة اليه فان اختار الدفع إلى أولياء الجنابة فعليهم لعودها اليهم ولو كان قتل عمداً فبقى ثم رد لاجل على أحد ما المولى فلائنه ان قتل لم يحصل له بالرد منفعة وان عفا عنه فاعفا حصلت بالعفو وأما ولي القصاص فان قتل فالحاصل له التشنى لا المالية وان عفا فظاهر (وان كان موهوباً) فان أبقى ممن وهب له ثم رد (ف) الجعل (على الموهوب له) سواء رجع الواهب في هيبته بعد الرد أولاً أما إذا لم يرجع فظاهر وأما ان رجع بعد الجحى فلائنه وان حصلت له المالية لكن لم تحصل بالرد بل بترك الموهوب له التصرف في العبد بعد رده مما يمنع رجوعه من بيعه وهيبته وغير ذلك وأورد عليه انه حصل بالمجموع من ذلك ومن الرد أحب بان التركة آخر جزأى العلة واليه يضاف الحكم وأما الجواب بأنه اذا ثبت بالكل لا يكون بالرد وحده فلا يدفع الوارد على المصنف بل يقرره (وان كان) لا يبق (لصبي فاجعل في ماله) لما تقدم (انه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له) وقد ينشأ في التقسيم وكذا ينشأ بعوله رجل فرد أبقاه لأنه اذا كان تبرع له بمؤنته من مال نفسه فكيف لا يتبرع له بما هو دونه مع ان العرف فيه التبرع وفي الكافي للحاكم أبقيت أمة ولها ولد رضيع فردهم ما رجل له جعل واحد فان كان ابنه فأرب الحلم فله عفاون لان من لم يراهق لم يعتبر أبقا وفي الذخيرة والمحيط لو أخذ أبقا فغصبه منه آخر وجامه إلى مولا وأخذ جعله ثم جاء آخر وأقام بينة انه أخذه يأخذ الجعل منه ثانياً ويرجع السيد على الغاصب بما دفع اليه ولو جاء بالآبق من مسيرة سفر

كذا هذا وقوله (وان كان لصبي إلى آخره) ظاهر وبالله التوفيق

قوله (فعلى المولى ان يختار الفداء) أقول لعود المنفعة اليه

كتاب المفقود

قد تقدم وجه مناسبة ذكر هذا الكتاب هنا والمفقود مشتق من الفقد وهو في اللغة من الاضداد يقال فقدت الشيء أي أضلته وفقدته أي طلبته وكلا المعنيين متحقق في المفقود فقد ضل عن أهله وهم في طلبه وذ كر في الكتاب ما يدل على مفهومه الشرعي وهو قوله (إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولم يعلم أحى هو أم ميت) وقوله (نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه) إشارة إلى بيان حكمه في الشرع وكلامه واضح (ع ٤٠) (قوله ولا في نصيبه في عقار أو عروض في بدرجل) بأن كان الشيء مشتركين المفقود وغيره

كتاب المفقود

(إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحى هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه) لأن القاضي نصب ناظر الكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظره وقوله يستوفي حقه لا خفاء أنه يقبض غلاته والدين الذي أقربه غريم من غرمائه لأنه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لأنه أصيل في حقوقه ولا يخاصم في الدين بولاء المفقود ولا في نصيبه في عقار أو عروض في بدرجل لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وأنه لا يملك الخصومة بخلاف إنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين وإذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وأنه لا يجوز إلا إذا رآه القاضي وقضى به لأنه مجتهد فيه

فلما دخل البلد أتى من الأخذ فوجده آخر فرده إلى سيده إن جاءه من مدة السفر فاجعل له وإن وجده لأقل فجاء به لاجعل لواحد منهما وفي المبسوط لاجعل للسلطان والشحنة أو الخفير في رد الأتقي والمال من قطاع الطريق لوجوب الفعل عليهم والأولى أن يقال لاخذهم العطاء على ذلك ونصهم له

كتاب المفقود

هو الغائب الذي لا يدري حياته ولا موته (قوله إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم أحى هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه) أي على ماله (ويستوفي حقوقه لأن القاضي نصب ناظر الكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عنه فصار كالصبي والمجنون) فعلى القاضي أن يفعل في أمرهم ما ذكرنا من كذا (وقوله) أي قول القدروري (يستوفي حقوقه يريد أنه يقبض غلاته والدين الذي أقربه غريم ويخاصم في دين وجب بعقده) أي بعقد الذي نصبه القاضي (لأنه أصيل في حقوق عقده ولا يخاصم في الدين الذي بولاء المفقود ولا في نصيبه في عقار أو عروض في بدرجل) ولا في حق من الحقوق إذا جحد من هو عنده أو عليه لأنه ليس بمالك ولا نائب إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وهو لا يملك الخصومة بخلاف إنما الخلاف في الوكيل يقبض الدين من جهة المالك) عند أبي حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما لا يملك (وإذا كان كذلك) يعني إذا كان وكيل القاضي لا يملك الخصومة (فلو قضى بخصومته كان قضاء على الغائب) والأوجه أن يقول للغائب والقضاء عليه فيما لو ادعى إنسان على المفقود ديناً أو ودعة أو شركة في عقار أو رقيق أو رداً بغير أو مطالبة لاستحقاق أن يسمع الدعوى ولا البيئة لأن ما انما يسمعان على خصم والوكيل ليس خصماً والورثة انما يرون خصماً بعد موت المورث ولم يظهر موته بعد فيكون قضاء على الغائب (وهو لا يجوز إلا إذا رآه القاضي) أي إذا رأى القاضي المصلحة في الحكم للغائب وعليه حكم فانه ينفذ لأنه مجتهد فيه فان قيل ينبغي أن لا ينفذ

(قوله وأنه) أي الوكيل من جهة القاضي (لا يملك الخصومة بخلاف إنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين) فانه عند أبي حنيفة رجحه الله يملك الخصومة وعندهما لا يملكها (وإذا كان كذلك) يعني أن وكيل القاضي لما يملك الخصومة كان حكم القاضي بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغائب والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز لأن القضاء لقطاع الخصومة والخصومة من الغائب غير منصور (الاذا رآه القاضي) أي جعل نكراً بالله وحكم به فحينئذ يجوز لأن القضاء إذا لا في فصل مجتهد فيه نفذ فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يشوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدوداً في قذف أجاب بأن المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن البيئة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أو لا فإذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف

كتاب المفقود

(قوله وهو في اللغة من الاضداد الخ) أقول أنت خير بان الطلب ليس ضد الاضلال لأن يكون إطلاق الضد توسعاً بناء على أن الطلب سبب للوجودان فأقيم مقامه فليستأمل قال المصنف (يتضمن الحكم به قضاء على الغائب) أقول فسمي والظاهر أن يقال قضاء للغائب (قوله والقضاء على الغائب لا يجوز) أقول في فصل القضاء بالمواريث من شرح الاتفاق وأحال على المختلف أنه قبل يجوز القضاء للغائب عندهما ولا يجوز عند

ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينتظر له بحفظ المعنى (ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها) لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن قال (وينفق على زوجته وأولاده من ماله) وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الاولاد والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي يتفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاولاد الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخاله وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي التقدان والتبرع لثمتها في هذا الحكم لانه يصلح قيمة

حتى يرضيه قاض آخر لان نفس القضاء مجتهد فيه كمالو كان القاضي محدودا في قذف فان نفذ قضائه موقوف على أن يرضيه قاض آخر أحجب بمنع انه من ذلك بل المجتهد سييه وهو هذه البينة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر أم لا وإذا قضى بم اتفق كالموقوف بشهادة المحدود في قذف وفي الخلاصة الفتوى على هذا (ثم ما كان يخاف عليه الفساد) كالمزار ونحوها (يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينتظر للغائب بحفظ معناه) ولا يبيع ما لا يخاف فساد منه منقولا كان أو عقارا (في نفقة ولا غيرها لان القاضي لا ولاية له على الغائب الا في الحفظ) وفي البيع ترك حفظ الصورة بلا ملجئ فلا يجوز فان لم يكن له مال الا عروض أو عقار أو خادم واحتاج ولده أو زوجته الى النفقة لا يبيع بخلاف الوصي فانه يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب لان ولايته ثابتة فيما يرجع الى حق الموصى وبيع العروض فيه معنى حقه وربما يكون حفظ الثمن لا يصل الى ورثته أيسر وهنا لا ولاية للقاضي على المفقود الا في الحفظ وفي المبسوط وقال أبو حنيفة ان كان له أب محتاج فله أن يبيع شيئا من عروضه وينفقه عليه وليس له بيع العقار وهو استحسان وفي القياس ليس له بيع العروض وهو قولهما وذ كراكرخي أن محمد اذا كقول أبي حنيفة في الامالى وقال هو حسن وجه الاستحسان ان الاب وان زالت ولايته بقي أثرها حتى صح استيلاؤه جارية ثابته مع أن الحاجة الى ذلك ليس من أصول الخواص وإذا ثبت بقاء أثر ولايته كان كالوصي في حق الوارث الكبير والوصي يبيع العروض دون العقار (وينفق على زوجته وأولاده من ماله) يعني الحاصل في بيته والواصل من غن ما يتسارع اليه الفساد ومن مال مودع عند مفرودين على مقر قال المصنف (وليس هذا مقصورا على الاولاد) قلت ولا هو على اطلاقه فيهم بل يعم قرابة الاولاد يعني من الاب والجد وان علا (والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي يتفق عليه من ماله عند غيبته) لان لهم أن يأخذوا حاجتهم يدهم من ماله اذا كان جنس حقهم من التقديرات والسياب ليس فكان اعطاء القاضي ان كان المال عنده أو تمكينهم ان كان عندهم اعانة لا قضاء على الغائب فانهم كانوا ما دونين شرعا أن يتناولوا بأنفسهم (وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا يتفق عليه من ماله) فمن الاول أعني المستحقين بالقضاء (الاولاد الصغار والاناث الكبار) اذ لم يكن لهم مال وكذا الاب والجد والزمنى من الذكور الكبار فكل من له مال لا يستحق النفقة عليه في حال حضوره فضلا عن غيبته الا الزوجة فانها تستحق وان كانت غنية لان استحقاقها بالعقد والاحتباس واستحقاق غيرها بالحاجة وهي تنعدم بالغنى (ومن الثاني) يعني من لا يستحق الا بالقضاء (الاخ والاخت والخال والخاله) ونحوهم من قرابة غير الاولاد (وقوله) أي قول القدوري (من ماله) يعني الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن في ماله عين المطعوم والملبوس (يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي التقدان والتبرع) أي غير المضروب (كذلك لانه يصلح قيمة

(قوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي) ظاهر (قوله ومن الثاني الاخ والاخت) انما كان من الثاني لانها نفقة ذى الرحم المحرم وهي مجتهد فيها فلا تجب الا بالقضاء أو الرضا (ولهذا لم يكن لهم الاخذ بدون القضاء والرضا وقوله) (فاذا لم يكن ذلك) يعني الملبوس والمطعوم في ماله

(قوله وهذا) أي الذي ذكرناه من (٤٤٣) اتفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير (إذا كانت في يد القاضي) وقوله (وهذا) أي الاحتياج إلى

الاقرار اغاها (إذا لم يكونا) أي الدين والوديعة أو النكاح والنسب جعل الدين والوديعة شيئا واحدا والنكاح والنسب كذلك فلذلك ذكرهما بلفظ التنبيه (قوله هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس وهو قول زفر أنه لا يتفق منهما عليهم بالاقرار لان اقرار المودع ليس بحجة على الغائب وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضى على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكننا نقول المودع مقربان ما في يده ملك الغائب وان للزوجة والولد حق الاتفاق منه واقرار الانسان فيما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاة منه إلى المفقود وقوله (لان القاضي نائب عنه) اعترض عليه بان القاضي نائب عن الغائب في القبض للحفظ ولا حفظ في القبض للاتفاق على هؤلاء فلا يكون نائباً وأوجب بان القاضي نائب عنه في ابقاء ما عليه من الحقوق كما هو نائب عنه في الحفظ وهذا جازله أن يوفي ما عليه من الدين إذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه نائب عنه في الحفظ فقط فان قلت اذا دفع المودع بغير أمر القاضي وجب أن لا يضمن لانه دفعها إلى من في عياله لانه دفعها إلى من في عياله المودع ولا ضمان عليه في ذلك أوجب بأن الدفع اليهم لا يوجب

كالمضروب وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة أو ديناً يتفق عليهم - منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين فلا حاجة إلى الاقرار وان كان أحدهما ظاهراً والوديعة والدين أو النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح فان دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه بخلاف ما اذا دفع بأمر القاضي لان القاضي نائب عنه وان كان المودع والمديون جاحدين أصلاً أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحق النفقة خصماً في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سبباً لثبوت حقه وهو النفقة

كالمضروب) وهذا اذا كانت الدراهم والدنانير والتبر في يد القاضي (فان كانت وديعة أو ديناً يتفق عليهم منها) ان كان المودع مقرباً بالوديعة والنكاح والنسب والمديون كذلك مقرباً بالدين والنكاح والنسب (وهذا) يعني اشتراط اقرارهما بالنكاح والنسب (إذا لم يكونا ظاهرين) عند القاضي (فان كانا ظاهرين) معروفين له (فلا يحتاج إلى اقرارهما بهما ولو كان الظاهر عندهما الوديعة والدين أو النكاح والنسب) جعل كل اثنين واحداً (بشرط اقرار) من في جهته المال بالآخر الذي ليس بظاهر فيقول في الاول عند القاضي أن هذه زوجته وهذا ولده وفي الثاني بأن له عندى وديعة أو على دينه (وقوله هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس الذي قال به زفر لأن هذا الاختلاف الروايتين قال لا يتفق من الوديعة شيأ عليهم لان اقرار المودع بذلك ليس بحجة على الغائب وهو ليس بخصم من الغائب ولا يقضى على الغائب بلا خصم ومثل هذا في الدين أيضاً قلنا المودع مقربان ما في يده ملك الغائب وان للولد والزوجة حق الاتفاق منه واقرار الانسان بما في يده معتبر فينتصب هو خصماً باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاة منه إلى المفقود ومثل هذا القياس ليس في الوديعة والدين خاصة بل في جميع أموال المفقود وقد يقال أيضاً في جوابه نعم القياس ما ذكرنا لكننا استحسننا ذلك بحديث هند امرأته أبي سفيان وقد أسلفناه قال فيه خذ من مالي ما يكفيك ويكفي بنيك بالمعروف اذ هو يفيد مطلقاً جواز الاتفاق من مال الغائب لمن تجب له النفقة من الزوجة والولد ثم اذا ثبت في الزوجة والولد على خلاف القياس لا يلحق به قرابة غير الولد بالقياس وثبوت نفقة الاب بالدلالة لان حقه فيها أكد من حق الولد فان الولد لا يستحقها بمجرد الحاجة بل اذا كان عاجزاً عن الكسب والاب يستحقها بمجرد احواله وان كان يقدر على الكسب (قوله ولو دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه بخلاف ما اذا دفع بأمر القاضي لان القاضي نائب عنه) فكان له أن يأمر هؤلاء بالقبض وليس القاضي نائباً في الحفظ فقط بل فيه وفي ابقائه ما عليه من الحقوق أيضاً لا يحتاج في ثبوته عنده إلى سماع بينة ولذا جازله أن يوفي ما عليه من دين إذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه المأمور بالحفظ فقط فيضمن اذا أعطاهم بلا أمره فان قيل ينبغي ان لا يضمن المودع اذا دفعها اليهم لانه لو رد الوديعة إلى من في عياله المودع يرى أوجب بان ذلك اذا دفعها اليهم للحفظ عليه لا للاتلاف والاحسن ان يأخذ القاضي منها كقبول احتمال انه أطلقها قبل ذهابه أو جعل لها النفقة لكن لو لم يأخذ جازله لا يجب أخذ الكفيل الانحصار وليس هنا خصم طالب هذا (ولو كان المودع والمديون جاحدين أصلاً) أي جاحدين لكل من الوديعة والدين والنسب والزوجية (أو جاحدين بالنسب والزوجية) معترفين بالوديعة والدين وليس اظهريه عند القاضي (لم ينتصب أحد من مستحق النفقة) الزوجة أو الاب أو الابن (خصماً في ذلك) أي في اثبات الدين أو النسب أو الوديعة بأقامة البينة على شيء من ذلك لان المودع والمديون ليسا خصماً في ثبوت الزوجية والقضاء بها ولا ما يدعيه للغائب سبباً لثبوت حقه الذي هو النفقة

إذا كان للحفظ والدفع للاتفاق دفع للاتلاف وقوله (لان ما يدعيه للغائب) معناه ان الخصومة لا تسمع الا من

المالك أو نائبه والمالك غائب ولا نائب له حقيقة لانه لم يוכל وهو ظاهر ولا حكماً لان ما يدعيه للغائب لم يتعين له سبباً لثبوت حقه وهو النفقة

لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود) ولا يكون الثابت حكما إلا في مثل ذلك وسيجيئ مقامه في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) كلامه واضح وقصة من استهوت به الجن أي جرت به إلى الهاوى وهي المهالك ما روى عبد الرحمن بن أبي ليلى قال إننا لقيت المفقود فحدثني حديثه قال أكلت خبز رافي أهلي فخرجت فأخذني نفر من الجن فكنت فيهم ثم بد إليهم في عنتي فأعتقوني ثم أتوا بي قرييما من المدينة فقالوا أنعرف الخليل لفلقت نعم فخلوا عني فحشت فاذا عمر بن الخطاب (٤٤٣) قد أبان امرأتي بعد أربع

سنين وحاضنت وانقضت عدتها وتزوجت فخيرني عمر رضي الله عنه بين أن يردها علي وبين المهر قال مالك وهذا مما لا يدرك بالقياس فيجمل على المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولأنه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالابلاء والعنة) والجامع بينهما ما منع الزوج حق المرأة ورفع الضرر عنها فإن العنين يفرق بينه وبين امرأته بعد مضي سنة لرفع الضرر عنها وبين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لرفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود أظهر من عذر المولى والعنين فيتعين في حقه المدتان في التبرص بأن تجعل السنون مكان الشهور فتتبرص أربع سنين (عملا بالشبهين) (قوله ولنا) ظاهر وحاصله أن البيان في الحديث المرفوع إلى النبي عليه الصلاة والسلام مجمل وقول علي رضي الله عنه خرج بيانا لذلك الميهم

قوله (قال أكلت خبز رافي) أقول بالخاء المعجمة (قوله

لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود) قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) وقال مالك إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تزوج من شاءت لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة وكفى به اماما ولأنه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالابلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منه ما لا أربع من الابلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود إنها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابنتي فلنصبر حتى يسنين موت أو طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع

(لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود) وستعرف تفصيل هذا إن شاء الله تعالى في أدب القاضي (قوله ولا يفرق بينه وبين امرأته) وقال مالك إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبينها وتعتد عدة الوفاة ثم تزوج من شاءت لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة ولأنه منع حقها بالغيبة) وإن كان عن غير قصد منه (فيفرق بينهما ما القاضي بعد مضي مدة اعتبارا بالابلاء والعنة) فإنه يفرق بينهما ما فيه ما بعد مدة كذلك وهذا منه في الابلاء بناء على أنه لا يوجب الفرق بمجرد مضي المدّة بل بتفرق القاضي بعدها وبعد هذا الاعتبار أخذ في المدّة الأربع من الابلاء والسنين من العنة بجامع دفع الضرر عنها (عملا بالشبهين) وحديث الذي أخذه الجن رواه ابن أبي شيبة حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن يحيى بن جعدة أن رجلا أتته فنته الجن على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأتت امرأته عمر فأمرها أن تبرص أربع سنين ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها ثم أمرها أن تعتد فإذا انقضت عدتها تزوجت فان جاء زوجها خيرا بين امرأته والصدّاق وأخرج عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن يونس بن خباب عن مجاهد عن الفقيه الذي فقد قال دخلت الشعب فاستهوتني الجن فكنت أربع سنين ثم أتت امرأتي عمر الحديث بمعنى الأول وآخره عبد الرزاق من طريق آخر وفيه فقال له عمر لما جاء أن شئت ردنا إليك امرأتك وإن شئت زوجناك غيرها قال بل زوجني غيرها ثم جعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره ورواه الدارقطني وفيه ثم أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشرا وروى مالك في الموطأ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال إجماعا امرأة فقدت زوجها فلم تدركه فأنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل وأسند ابن أبي شيبة عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قال في امرأة المفقود تبرص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا وأسند ابن أبي شيبة عن جابر بن زيد أن ابن عمر وابن عباس المفقود فقالا لا تبرص امرأة أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها ثم تبرص أربعة أشهر وعشرا قال المصنف (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود إنها امرأته حتى يأتيها البيان) أخرجه الدارقطني في سننه عن سوار بن مصعب حدثنا محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان وفي بعض نسخته حتى يأتيها الخبر وهو مضاف بمحمد بن شرحبيل قال ابن أبي حاتم عن أبيه أنه يروى عن المغيرة منا كبريا طيل وقال ابن القطان وسوار بن مصعب

وحاضنت وانقضت الخ) أقول بتبادر منه أن يكون اعتدادها بالحض مع أنه قال تعتد عدة الوفاة فالأولى حذف قوله وحاضنت من البين (قوله وبين المهر) أقول أي أخذ مهر المثل من الزوج الثاني (قوله وبين المولى وامرأته) أقول في التبرص شيء إلا أن يقدر الفعل بعد الواو العاطفة ويقال ويفرق بين المولى ويكون العطف على جملة فإن العنين الخ (قوله ولكن عذر المفقود أظهر الخ) أقول في أظهر بينه من عذر العنين تأمل إلا أنه يقال أقدمه مع عنته على التزوج ينقص من عذره (١) خ الخليل اه

(قوله وعمر رضي الله عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه) (رواه ابن أبي ليلى) (قوله ولا معتبر بالابلاء) (جواب عن قياس مالك في صورة النزاع على الابلاء وهو ظاهر فان الابلاء اذا كان طلاقا كان من باب لا لا بخلاف المفقود فانه لم يظهر منه طلاق لا بمجل ولا مؤجل) (قوله ولا بالعنة) (جواب عن القياس بالعنة وتقريره ان العنة بعد ما استمرت سنة كانت طبيعة والطبيعة لا تنحل فقلت حقها على التأبيد فيفرق بينهما بعد سنة دفعا للضرر عنها بخلاف امرأة المفقود فان (٤٤٤) حقها من جو قبل مضي أربع سنين وبعده (قوله واذا تم له مائة وعشرون سنة)

اختلفت روايات أصحابنا في مدة المفقود فروى الحسن عن أبي حنيفة انها مائة وعشرون سنة من يوم ولده فاذا مضت هذه المدة حكمنا بموته قبل وهذا يرجع الى قول أهل الطبائع والنجوم فانهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة وفي ظاهر الرواية بقدر يموت الاقران فانه اذا لم يبق أحد من أقرانه صحيا حكم بموته لان ما تقع الحاجة الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادرو وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر دون النادر وهل يعتبر بأقرانه في جميع الدنيا وفي الاقليم الذي هو فيه ذكرناه في شرح الفرائض السراجية وفي المروى عن أبي يوسف بمائة سنة لان الظاهر ان لا يعيش أحد في زماننا أكثر من مائة سنة وقد رجع بعضهم بتسعين لانه متوسطا ليس بغالب ولا نادر والاقيس وهو أفعل تفضيل للفعول وهو المقيس على طريق الشذوذ كقولهم أشغل من ذات التحمين أن لا يقدر بشئ من المقدرات

ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالابلاء لانه كان طلاقا مجعلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاودة والعنة قبلما تنحل بعد استمرارها سنة قال (واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولده حكمنا بموته) قال رضي الله عنه وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وفي ظاهر المذهب بقدر يموت الاقران وفي المروى عن أبي يوسف بمائة سنة وقد رجع بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشئ

أنهر في المتروكين منه ثم عارض المصنف بقول علي قول عمر وهو ما روى عبد الرزاق أخبرنا محمد بن عبد الله العزري عن الحكم بن عتيبة أن عليا رضي الله عنه قال في امرأة المفقودة هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق أو نكاح أو غيرها من ما يوجب الحل قال أخبرنا ابن جريج قال بلغني ان ابن مسعود وافق عليا على انها تنتظر أباها أو أخرج ابن أبي شيبة عن أبي قلابة وجابر بن يزيد والشمسي والنفسي كلهم قالوا ليس لها أن تزوج حتى يستبين موته وقوله ولان النكاح الخ الحاصل ان المسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين فذهب عمر الى ما تقدم وذهب علي رضي الله عنه الى انها امرأته حتى يأتيها البيان والشأن في الترجيع والحديث الضعيف يصلح مرجحا لا مثبتا بالاصالة وما ذكر من موافقة ابن مسعود مرجح آخر ثم شرع المصنف في مرجح آخر فقال (ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك) وذكر أن عمر رضي الله عنه رجع الى قول علي ذكره ابن أبي ليلى قال ثلاث قضايا رجع فيها عمر الى قول علي امرأة المفقود وامرأة أوى كنف والمرأة التي تزوجت في عدتها وقولنا في الثلاث قول علي رضي الله عنه فامرأة المفقود عرفت وأما امرأة أوى كنف فكان أبو كنف طلقها ثم راجعها ولم يعلمها حتى غاب ثم قدم فوجدها قد تزوجت فأتى عمر رضي الله عنه فقض عليه القصة فقال له ان لم يكن دخل بها فأنت أحق بها وان كان دخل بها فليس لك عليها سبيل فقدم على أهلها وقد وضعت القصة على رأسها فقال لهم ان لي اليها حاجة فخلوا بيني وبينها فوقع عليها وبات عندها ثم غدا الى الأمير بكتاب عمر فرفعهوا والله جاء بأمرين وهذا أعني عدم ثبوت الرجعة في حقها اذا لم تعلم بها حتى اذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني لم يبق للاول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ثم رجع الى قول علي ان مراجعتها اياها صحيح وهي منكوحته دخل بها الثاني أولا وأما المرأة التي تزوجت في عدتها فالمرأة التي ينسب اليها زوجها فتعتد وتزوج وكان مذهبه فيها اذا أتى زوجها حيا بخبره بين أن ترد عليه وبين المهر وقد صرح رجوعه الى قول علي وهو ان يفرق بينهما وبين الثاني ولها المهر عليه بما استحل من فرجها وتزويجها الاول ولا يفرق بينهما حتى تنقضي عدتهما من ذلك قال (ولا معتبر بالابلاء لانه كان طلاقا مجعلا في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلا) وهذا على رأينا بان الوقوع به عند انقضاء المدة بالابلاء لا يتوقف على تقرير القاضي قال (ولا بالعنة) لان الغيبة في الغالب تعقب الرجعة (والعنة قبلما تنحل بعد استمرارها سنة) فكان عود المفقود أرجح من زوال العنة بعد مضي السنة فلا يلزم أن يشرع فيه ما شرع فيها (قوله واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولده حكمنا بموته) قال المصنف رحمه الله (هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وفي ظاهر المذهب بقدر يموت الاقران وفي المروى عن أبي يوسف بمائة سنة وقد رجع بعضهم بتسعين والاقيس أن لا يقدر بشئ)

(والا فرق)

كل مائة والتسعين ولكنه بقدر يموت الاقران لانه لو لم يقدر بشئ أصلا لنعطل حكم المفقود

(قوله والطبيعة لا تنحل الخ) أقول في كلامه اشارة الى ان قلنا في كلام المصنف للنبي (قوله فطريقه) أقول أي فطريقه (قوله وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر) أقول قوله وبناء مبتدأ وقوله على الظاهر خبره (قوله أن لا يقدر بشئ من المقدرات الخ) أقول من القدرة (قوله لانه لو لم يقدر الخ) أقول تعليل لتقييد بشئ بقوله من المقدرات كل مائة والتسعين

والأرفق أن يقدر بنسعين وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت (ويقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت) وكأنه مات في ذلك الوقت معاينة إذا الحكمي معتبر بالحقيق

(والأرفق أن يقدر بنسعين) وجه روايته الحسن أن الأعمار في زماننا لم تزد على مائة وعشرين بل لا يسمع أكثر من ذلك فيقدرهم التقدير بالاكثروا ما قبل أن هذا يرجع إلى قول أهل الطبائع فإنهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحداً أكثر من ذلك وقولهم باطل بالنصوص كنوح عليه السلام وغيره فما لا ينبغي أن يذكر نوح المذهب من مذاهب الفقهاء وكيف وهم أعرف بما دلت عليه النصوص والتواريخ بالأعمار السالفة للبشر بل لا يحل لأحد أن يحكم على أئمة المسلمين أنهم اعتدوا في قول لهم على أمرهم يعترفون بطلانه ويوجبون عدم اعتباره في شيء من الأشياء ووجه ظاهر الرواية أنه من النواذر أن يعيش الإنسان بعد موت أقرانه فلا ينبغي الحكم عليه ثم اختلفوا فذهب بعض المشايخ إلى أن المعتبر بموت أقرانه من جميع البلاد وأن من ان أقرانه في بلده فإن الأعمار قد تختلف طويلاً وقصراً بحسب الأقطار بحسب اجرائه سبحانه وتعالى العادة ولذا قالوا أن الصقالب أطول أعماراً من الروم فاعتابه بتسبب أقرانه في بلده ولأن في ذلك حرجاً كبيراً في تعرف موتهم من البلدان بخلافه من بلده فاعتابه نوع حرج محتمل وأما المروى عن أبي يوسف فذكر عنه وجه شبه أن يكون على سبيل المداعبة منه أهم قيل أنه سئل عنه فقال أنا أئيمه لكم بطريق محسوس فإن المولود إذا كان بعد عشر يدور حول أبيه هكذا وعقد عشرًا فإذا كان ابن عشرين فهو بين الصبا والشباب هكذا وعقد عشرين فإذا كان ابن ثلاثين يستوى هكذا وعقد ثلاثين فإذا كان ابن أربعين يحمل عليه الاثقال هكذا وعقد أربعين فإذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الاثقال والاشغال هكذا وعقد خمسين فإذا كان ابن ستين يتقبض للشيوخية هكذا وعقد ستين فإذا كان ابن سبعين يتوكل على عصاه هكذا وعقد سبعين فإذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا وعقد ثمانين فإذا كان ابن تسعين تنضم أعضاؤه في بطنه هكذا وعقد تسعين فإذا كان ابن مائة يتحول من المشي إلى العقب كما يتحول الحساب من اليمنى إلى اليسرى ولا شك أن مثل هذا لا يثبت الحكم وإنما المعول عليه الحمل على طول العمر في المفقود احتياطاً والغالب فيمن طال عمره أن لا يجاوز المائة فقوله في المبسوط وكان محمد بن سلمة يفتي بقول أبي يوسف حتى تبين له خطؤه في نفسه فإنه عاش مائة وسبع سنين ليس موجبا لخطئه لأنه مبني على الغالب عنده وكونه هو خراج عن الغالب لا يكون مخطئاً فيما أعطى من الحكم وكذا ذكر الإمام سراج الدين في فرائضه عن نصير بن يحيى أنها مائة سنة لأن الحياة بعدها نادر ولا عبرة بالنادر وروى أنه عاش مائة سنة وتسع سنين أو أكثر ولم يرجع عن قوله واختار الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد أنها تسعون سنة لأن الغالب في أعمار أهل زماننا هذا هو هذا لا يصح الآن يقال أن الغالب في الأعمار الطوال في أهل زماننا أن لا تزيد على ذلك نعم المتأخرون الذين اختاروا ستين بنوه على الغالب من الأعمار والحاصل أن الاختلاف ما جاء الامن اختلاف الرأي في أن الغالب هذا في الطول أو مطلقاً فلذا قال شمس الأئمة الألبق بطريق الفقه أن لا يقدر بشيء لأن نصب المقادير بالرأي لا يكون وهذا هو قول المصنف الأقبس الخ ولكن نقول إذا لم يبق أحد من أقرانه يحكم بموته اعتباراً بالحالة بحال تطايره وهذا رجوع إلى ظاهر الرواية قال المصنف (والأرفق) أي بالناس (أن يقدر بنسعين) وأرفق منه التقدير بستين وعندى الأحسن سبعون لقوله صلى الله عليه وسلم أعمار مني ما بين الستين إلى السبعين فكانت المنتهى غالباً وقال بعضهم يفرض إلى رأي القاضي فأى وقت رأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم بالوفاة كأنه مات فيه معاينة إذا الحكمي معتبر بالحقيق

والأرفق أن يقدر بنسعين
لأنه أقل ما ذكر فيه من
المقادير (قوله وإذا حكم
بموته) ظاهر

(قوله والأرفق إلى قوله
لأنه الخ) أقول في التعليل
نوع قصور والاولى أن
يضم إليه والتفحص عن
حال الأقران إنهم ماتوا أولاً
غير ممكن عادة كما صرح به
العلامة السكاكي ولكن
لا يخفى أن سلب الامكان
انما يصح إذا اعتبر أقرانه
في جميع البلدان ثم ذكر في
شروح الفرائض السراجية
أنه ذهب بعضهم إلى أنها
سبعون سنة لما ورد في
الحديث المشهور في أعمار
هذه الأمة في تعليل
الشارح بحث الآن يقال
المراد بالمقادير التي يعتد بها
وهذه ليست كذلك فليتأمل

وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي) أي لا تصح الوصية بل توقف وذ كر في الذخيرة وإذا أوصى رجل للمفقود بشئ فإني لأفضي به أو لا أبطلها حتى يظهر حال المفقود لأن الوصية أخت الميراث وفي الميراث تجس حصة المفقود إلى أن يظهر حاله فكذلك في الوصية والاصل المذكور في الكتاب ظاهر (قوله وتصادقوا) أي الورثة المذكورون والأجنبي وانما قيد بالتصادق لأن الأجنبي الذي في يده المال إذا قال قد مات المفقود قبل أبيه فإنه يجبر على دفع الثابتين إلى البنين لأن أقرار ذي اليد فيما في يده معتبر وقد أقر بأن ثلثي ما في يده لهما فيجبر على تسليم ذلك إليهما وقول أولاد الابن أبو نامة مفقود لا يمنع أقرار ذي اليد لأنهم لا يدعون لأنفسهم شيئا بهذا القول ويوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر مستحقه هذا إذا (٤٤٦) أقر من في يده المال أو الموجد أن يكون المال في يده لميت فأقامت البنات

البينة أن أباهما مات وترك المال ميراثا لهما ولا أخيهما المفقود فإن كان حيا فهو الوارث معهما وإن كان ميتا فوله الوارث معهما فإنه يدفع إلى البنين النصف لأنهما بهذه البينة تثبتان الملك لهما في هذا المال والاب ميت واحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبينة وإذا ثبت ذلك يدفع إليهما المتبقين وهو النصف ويوقف النصف الباقي على يد عدل لأن الذي في يده جحد وهو غير مؤتمن عليه وانما قيد بقوله والمال في يد أجنبي لأنه إذا كان في يد البنين والمسئلة بحالها فإن القاضى لا ينبغي له أن يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئا للمفقود ومراعاة بهذا اللفظ أنه لا يخرج شيئا من أيديهما لأن النصف صار بينهما بيقين والنصف الباقي للمفقود من وجه ويريد بقوله ولا يقف منه شيئا للمفقود أن لا يجعل شيئا

(ومن مات قبل ذلك لم يرث منه) لأنه لم يحكم بموته فيه فصار كما إذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود أحد مات في حال فقده) لأن بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق (وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي) ثم الأصل أنه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطى أصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن و بنت ابن والمال في يد الأجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت البنات الميراث تعطيان النصف لأنه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لأنهم يحجبون بالمفقود ولو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك (ولا ينزع من يد الأجنبي إلا إذا ظهرت منه خيانة)

(قوله ومن مات منهم) أي عن يرث المفقود (قبل ذلك) أي قبل أن يحكم بموت المفقود (لم يرث من المفقود) بناء على الحكم بموته قبل موت المفقود فتجري مناسخة فترث ورثته من المفقود (لأنه لم يحكم بموت المفقود بعد) وحين مات هذا كان المفقود محكوما بحياته كما إذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود أحد مات في حال فقده لأن بقاءه حيا في ذلك الوقت) يعني وقت موت ذلك الواحد (باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق) بل في دفع الاستحقاق عليه وإذا جعلناه حيا في حق نفسه فلا يرث ماله في حال فقده ميتا في حق غيره فلا يرث هو غيره (وكذلك) لو (أوصى له ومات الموصي) في حال فقده قال محمد لا أفضي به أو لا أبطلها حتى يظهر حال المفقود يعني يوقف نصيب المفقود الموصى له به إلى أن يقضى بموته فإذا قضى به جعل كأنه مات الآن وفي استحقاقه لمال غيره كأنه مات حين فقده وهذا معنى قوائنا للمفقود ميت في مال غيره (قوله ثم الأصل أنه إذا مات من بحيث يرثه المفقود أن كان مع المفقود وارث لا يحجب بالمفقود) حجب حرمان ولكنه ينتقص حقه به يعطى ذلك الوارث (أقل نصيبه ويوقف الباقي) حتى يظهر حياة المفقود أو موته أو يقضى بموته (وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطى) لذلك الوارث شيء (بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن أو ابنة ابن والمال) الموروث (في يد أجنبي وتصادقوا) أي الأجنبي والورثة (على فقد الابن وطلبت البنات الميراث تعطيان النصف لأنه متيقن به) لأن أخاهما المفقودان كان حيا فلهما النصف وإن كان ميتا فلهما الثلثان فالنصف متيقن فتعطيان (ويوقف النصف الآخر) في يد الأجنبي الذي هو في يده (ولا يعطى ولد الابن شيئا لأنهم يحجبون بالمفقود ولو كان حيا ولا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الأجنبي) (إلا إذا ظهرت منه خيانة) بأن كان أنكر أن الميت عنده ما لا حتى أقامت البنات البينة عليه فقضى بها لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقي فإنه حينئذ يؤخذ الفضل الباقي منه ويوضع في يد عدل لظهور خيانه ولو

كانوا

في يد البنين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان المال في يد ولدي

الابن المفقود فطلبت البنات ميراثهما واتفقوا على أن الابن مفقود فإنه تعطى البنات النصف وهو أدنى ما يصيبهما وترك الباقي في يد ولدي الابن المفقود من غير أن يقضى به لهما ولا لأبيهما لأننا لو قدرنا الابن المفقود ميتا كان نصيبهما الثلثين فكان النصف متيقنا به

قال المصنف ولا ينزع من يد الأجنبي الخ أقول وفي العقار خلاف سيأتي في فصل القضاء بالمواريث إذا جحد من في يده والظاهر أن المراد هنا بالخيانة ما هو غير الجحد وإن كان المفهوم من كلام بعض الشارحين أنها ههنا

قوله (وتظهر هذا) يعني المفقود الحمل في حق توقف النصف فانه يوقف له ميراث ابن واحد (٤٤٧) على ما عليه الفتوى وقد ذكرناه في

الرسالة وشرحها وشرح
الفرائض السراجية في علم
الفرائض قوله (ولو كان معه)

أي مع الحمل (وارث آخر) ان

كان لا يسقط بحال ولا يتغير

بالحمل يعطى كل نصيبه كما

اذا ترك امرأة حاملا وجمدة

فان للجمدة السدس لانه

لا يتغير فرضها بالحمل وكذلك

اذا ترك ابنا وامرأة حاملا

فان المرأة تعطى الثلث لانه

لا يتغير فرضها وان كان

من يسقط بالحمل لا تعطى

كان الابن والاخ والعم فانه

لو ترك امرأة حاملا وأخا أو

عملا يعطى الاخ والعم شيئا

لان من الجائز أن يكون

الحمل ابنا فيسقط معه الاخ

والعم فلما كان من يسقط

بحال كان أصل الاستحقاق

له مشكوكا فلا يعطى شيئا

لذلك وان كان من يتغير به

يعطى الاقل المتيقن به

كالزوجة والام فانه ان كان

الحمل حيا ترث الزوجة الثمن

والام السدس وان لم يكن

حيا فهما يرثان الربع

والثلث فتعطيان الفس

والسدس المتيقن كافي

المفقود يعني انه اذا مات

الرجل وترك جمدة وابنا

مفقودا فللجمدة السدس كما

ذكرنا في الحمل لانه لا يتغير

نصيبها وكذلك لو ترك أختا

وابنا مفقودا لا يعطى الاخ

شيئا وكذلك لو ترك أبا وأما

مفقودا فانه ان كان المفقود حيا استحق الام السدس وان كان ميتا استحق الثلث كافي الحمل والله أعلم

وتظهر هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان من يسقط بالحمل لا يعطى وان كان من يتغير به يعطى الاقل المتيقن به كافي المفقود وقد شرعناه في كفاية المنتهى بأنهم من هذا والله أعلم

كأنهم يتصادقوا على فقد الابن بل قال الاجنبى الذى في يده المال مات المفقود قبل أبيه فانه يجبر على دفعه الثلثين للبتنين لان اقراره معتبر فيما في يده وقد أقر أن ثلثيه للبتنين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع اقراره قول أولاد الابن أبونا أو عمنا مفقود لانهم بهذا القول لا يدعون لأنفسهم شيئا ويوقف الثلث الباقي في يده ولو كان المال في يد البتتين وانفقوا على الفقدا لا يحول المال من موضعه ولا يؤخر شيئا للمفقود بل يقضى للبتنين بالنصف ميراثا ويوقف النصف في أيديهم - ما على حكم ملك الميت فان ظهر المفقود حيا دفع اليه وان ظهر ميتا أعطى البنتان سدس كل المال من ذلك النصف والثلث الباقي لأولاد الابن للذكر مثل حظ الانثيين ولو قالت البنتان مات أخونا وليس بمفقود وقال ولد الابن بل مفقود والمال في أيديهم ما أعطيتا الثلثين ووقف الثلث لانهما في هذه يدعيان الثلثين والمال في أيديهم - ما فان ظهر حيا نه أخذ منهما السدس له ولو كان المال في يد ولد المفقود وانفقوا انه مفقود يعطى البنتان النصف لانهما انما ادعياه بالاقرار بفقدته ويوقف النصف الآخر في يدهن كان في يده ولو ادعى ولد المفقود ان أباهما مات لم يدفع اليه - ما شيئا حتى تقوم البينة على موته قبل أبيه أو بعده فاذا قامت على موته قبله يعطى لهما الثلث والثلثان للبتنين لان الميت على هذامات عن بنتين وأولاد ابن وان قامت عليه بعده يعطى لهما النصف لان الميت مات عن بنت وابن ثم مات الابن عن ولد قال المصنف (وتظهره) أى في وقف الميراث عند الشك في النصيب (الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى) واحترز به عماروى عن أبي حنيفة انه يوقف له ميراث أربع بنين لما قال شريك رأيت بالكوفة لابي اسمعيل أربع بنين في بطن واحد وعماعن محمد ميراث ثلاثة بنين وفي أخرى نصيب ابنين وهو رواية عن أبي يوسف وعن أبي يوسف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى (ولو كان مع الحمل وارث آخر لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل) يعطى كل نصيبه للمتيقن به على كل حال وكذلك اذا ترك

ابنا وامرأة حاملا تعطى المرأة الثمن (وان كان من يسقط بالحمل لا يعطى) شيئا (وان كان

من يتغير يعطى الاقل المتيقن به) مثاله ترك امرأة حاملا وجمدة تعطى السدس

لانه لا يتغير لهما ولو ترك حاملا وأخا وعملا لا يعطى شيئا لان الاخ يسقط

بالابن وجائز أن يكون الحمل ابنا فكان بين أن يسقط ولا يسقط

فكان أصل الاستحقاق مشكوكا فيه فلا يعطى شيئا ولو ترك

حاملا وأما أزوجة تأخذ الام السدس والزوجة

الثلث لانه لو كان ميتا أخذت الام الثلث

أو حيا أخذت السدس والزوجة

الثلث لانه لو كان ميتا

أخذت الربع

والله الموفق

للصواب

تم الجزء الرابع وبالله الجزء الخامس وأوله كتاب الشركة

مفقودا فانه ان كان المفقود حيا استحق الام السدس وان كان ميتا استحق الثلث كافي الحمل والله أعلم (قوله لو ترك امرأة حاملا وأخا) او عملا قول لم يدكر ابن الابن هنا لانه علم حاله انفا مما ذكره في المفقود

فهرست الجزء الرابع من فتح القدير على شرح الهداية لشيخ الاسلام برهان الدين
على بن أبي بكر المرغباني

صفحة	صفحة
٢٤٧ فصل في كيفية القطع واثباته	٠٢ كتاب الايمان
٢٦٤ باب ما يحدث السارق في السرقة	٧ باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا
٢٦٨ باب قطع الطريق	١٨ فصل في الكفارة
٢٧٦ كتاب السير	٢٩ باب اليمين في الدخول والسكنى
٢٨٤ باب كيفية القتال	٣٨ باب اليمين في الخروج والانتابان والركوب
٢٩٢ باب المواعدة ومن يجوز امانه	وغير ذلك
٢٩٨ فصل في الامان	٤٤ باب اليمين في الاكل والشرب
٣٠٢ باب الغنائم وقسمتها	٦٣ باب اليمين في الكلام
٣٢٠ فصل في كيفية القسمة	٧١ فصل في عين من حلف لا يكلم حيناً وزماناً
٣٣٣ فصل في التنفيل	٧٦ باب اليمين في العتق والطلاق
٣٣٧ باب استبلاء الكفار	٨٤ باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك
٣٤٧ باب المستامن	٩٠ باب اليمين في الحج والصلاة والصوم
٣٥١ فصل واذا دخل الحرب الخ	٩٥ باب اليمين في الثياب والحلي وغير ذلك
٣٥٧ باب العشر والخراج	٩٩ باب اليمين في الضرب والقتل وغيره
٣٦٧ باب الجزية	١٠٢ باب اليمين في تقاضي الدراهم
٣٧٧ فصل ولا يجوز احداث بيعه ولا كنيسة في دار الاسلام	١٠٥ مسائل متفرقة
٣٨٢ فصل ونصاري بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة	١١١ كتاب الحدود
٣٨٥ باب أحكام المرتدين	١٢١ فصل في كيفية اقامة الحد
٤٠٨ باب البغاة	١٣٨ باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه
٤١٧ كتاب اللقيط	١٦١ باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها
٤٢٣ كتاب اللقطة	١٧٨ باب حد الشرب
٤٣٤ كتاب الابق	١٩٠ باب حد القذف
٤٤٠ كتاب المفقود	٢١١ فصل في التعزير
	٢١٨ كتاب السرقة
	٢٢٦ باب ما يقطع فيه وما لا يقطع
	٢٣٨ فصل في الحرز والاخذ منه